Zur Lehre von der Haftung

für

Verschulden beim Vertragsschluß

Dr. jur. Rolf Negendanck

ZUR LEHRE VON DER HAFTUNG
FÜR
VERSCHULDEN BEIM VERTRAGSSCHLUSS

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER PHILIPPS-UNIVERSITÄT ZU MARBURG

VORGELEGT VON

ROLF NEGENDANCK

GERICHTSREFERENDAR AUS HELSINGFORS

MARBURG 1928

VEREINSDRUCKEREI G. M. B. H., POTSDAM, JUNKERSTRASSE 36/37

Als Dissertation
von der Juristischen Fakultät angenommen
am 29. April 1928

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines Vaters
gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556026_0008

Gliederung.

Seite

Einleitung: Wesen und Abgrenzung der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß 1

Erster Teil: Gibt es eine Haftung für Verschulden beim Abschluß eines rechtswirksam zustandegekommenen Vertrages?

§ 1. Das praktische Bedürfnis 3

§ 2. Die Haftung für Vertragsschuld im römischen Recht . 3

§ 3. Bestimmungen der Partikularrechte und einiger neben dem BGB. geltender Gesetze über die Haftung für Vertragsschuld 11

§ 4. Bestimmungen des BGB. betreffend die Haftung für Vertragsschuld 12

§ 5. Welches ist der Rechtsgrund der Haftung für Vertragsschuld? 20

I. Kein selbständiger Verpflichtungsgrund neben dem Vertrag 20

II. Rechtsgrund der Haftung für Vertragsschuld ist der Vertrag 27

§ 6. Wirkungen der Haftung für Vertragsschuld . . . 32

§ 7. Anwendung der allgemeinen vertraglichen Haftungsgrundsätze 34

Zweiter Teil: Gibt es eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, wenn es nicht zum Abschluß eines rechtswirksamen Vertrages gekommen ist?

§ 8. Geschichtlicher Rückblick: Die Haftung für culpa in contrahendo im römischen und gemeinen Recht . . 37

§ 9. Stellung des geltenden Rechts zur Frage der Haftung für Verschulden beim Abschluß ungültiger Verträge . . 40

§ 10. Arglist beim Abschluß ungültiger Verträge . . 50

Literatur.

Achilles-Greif, 11. Aufl. 1923. Kommentar zum BGB.

Alsberg, Die Haftung des Bankiers für Fahrlässigkeit bei der Empfehlung von Wertpapieren, in Holdheims Monatsschrift 1915. S. 321 ff.

Bähr, Ueber Irrungen im Contrahieren Iher. Jhb. S. 93 ff 1875.

Bechmann, Der Kauf im gemeinen Recht. I, 1 1876. I, 2 1884. II, 1 1905. II, 2 1908.

Bekker, Ueber Verträge unter Abwesenden. Jhb. d. gem. Dtsch. Rechts 1815 342 ff.

Biermann, Bürgerl. Recht. Allgem. Lehren und Personenrecht 1908.

v. Blume, Der Schadensersatz des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. Iher. Jhb. 55, 209 ff.

Blume-Weirauch, Kommentar zur Eisenbahnverkehrsordnung. 3. Aufl. 1926.

Brecht, System der Vertragshaftung. Iher. Jhb. 53, 213 ff.

Brock, Das negative Vertragsinteresse 1902.

Cohen, Zur culpa in contrahendo. JW. 1916. 373 ff.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 7. Aufl. 1922.

Crodel, Verschulden beim Vertragsschluß. Diss. Königsberg 1925.

Crome, System des Dtsch. Bürgerl. Rechts. Bd. I 1900, Bd. II 1902.

Dernburg, Pand. II, Obligationenrecht. 7. Aufl. 1903.

— —, Das Bürgerl. Recht des Dtsch. Reichs. 4. Aufl. 1909.

Eckstein, Haftung für Unfälle des Kunden im Laden. Seuff. Bl. für Rechtsanwendung, 78 S. 268 ff. 1913.

Eisele, Zivilistische Kleinigkeiten. Iher. Jhb. 25, S. 298 ff. 1887.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Bd. I, 25.—29. Aufl. 1926; Bd. I, 2 9.—11. Aufl. 1915; 23.—27. Aufl. 1927.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht III, 1917.

Fritsch, Das negative Vertragsinteresse. Diss. Erlangen 1900.

Fischbach, Vorbereitende Rechtsverhältnisse. Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 41, 160 ff. 1915.

Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909.

Goldschmidt, Besprechung von Regelsberger zivilrechtl. Erörterungen Heft 1. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 13. Bd., S. 333 ff 869.

Hachenburg, RG. JW. 1916, 116. 2, 3.

Hager-Bruck, Kommentar zum Versicherungsvertrags-Gesetz, 5. Aufl. 1926.

Hammel, Die sog. culpa in contrahendo und die Haftung der Vertragschließenden bei nicht zustande gekommenen Vertrag nach dem BGB. Diss. Straßburg 1912.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. I, 1883, II, 2 1887.
Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1921.
Heldrich, Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung. 1924.
Jacobi, Theorie der Willenserklärung, in Fischer Abhandlungen. Bd. 20, Heft 2, 1910.
Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. 1867.
— —, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. Iher. J. 4, 1 ff. 1861.
— —, Geist des römischen Rechts. 3. Teil. 1906. 5. Aufl.
Josef, im Recht, 1916. 473 ff. „Erfüllungsgehilfen bei Vorverhandlungen."
Kiehl, in JW. 1914. S. 497 ff.
Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht. 1908.
— —, Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse. Seuff. Bl. 72, 140 ff. 1907.
— —, Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse. DJZ. 9. Jhg. 1906. Sp. 596.
Koeppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Iher. Jhb. 11, 139 ff.
Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Iher. J. 59. 233 ff.
Kuhlenbeck, Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse. DJZ. 10. Jhg. 1905. Sp. 1142 ff.
— —, Zum Schadensersatzanspruch aus Geschäftsabschlüssen mit heimlich Geisteskranken. Bank A. 5. Jhg. 1905/06. S. 285 ff.
F. Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß. 1896.
— —, Verschulden beim Vertragsschluß. 1910.
— —, Die Beweislast 1904 und 1926.
— —, Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Aufl. 1927.
R. Leonhard, Zur Gefahr der Geschäftsabschlüsse mit heimlich Geisteskranken. Bank A. 5. Jhg. 1905/6. S. 153 ff.
Levy, Zu RG. 104. 265, in JW. 22. 1313.
— —, Verschulden beim Vertragsschluß. Diss. Marburg 1924.
Lindemann-Soergel, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1913.
Loewenwarter, Culpa in contrahendo. Erwiderung auf JW. 1921, S. 664 ff. (Richter) in JW. 1921, S. 1307.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
— —, Irrtum und Auslegung. 1918.
— —, Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung. Iher. J. 75, 127 ff.
Melliger, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen. 1896.
Meyer, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht, in Fischer Abhandlungen. Bd. 18, Heft 2, 1909.
Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. II. 1879.
— —, Beiträge I. zum Obligationenrecht. 1853/54.
Moritz, Läßt sich bei unvollendeten oder nichtigen Verträgen eine Klage auf Schadensersatz begründen? Diss. Erlangen 1898.
Motive I und II zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
Müller, Haftung auf Schadensersatz für Verschulden beim Vertragsschluß. Diss. Marburg 1924.
Naendrup, Rechtsscheinforschungen. Heft 1, 1910.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. 3. Aufl. 1927. Bd. II, 3/4. Aufl. 1910.
— —, Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, insbesondere für Verschulden des Bestellers beim Abschlusse des Vertrages. LZ. 1914. Sp. 513 ff. 8. Jhg.
— —, zu RG. 95, 59, in JW. 1919, S. 35.
— —, Bemerkung zur Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnis nicht zustande gekommenen Vertrage. Arch. Ziv. Pr. 121. N. F. Bd. 1, S. 122 ff.
Ortner, Die rechtsgeschäftliche Haftung für culpa in contrahendo in Literatur und Rechtsprechung. Diss. Göttingen 1922.
Paterna, Verschulden beim Vertragsschluß. Diss. Marburg 1921.
Planck, Kommentar Bd. I. 4. Aufl. 1913. Bd. II, 1, 1914.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.
Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen. 1. Heft. 1868.
— —, Die Handelsgeschäfte, in Endemanns Handbuch. Bd. II. S. 383 ff. 1882.
— —, Pandekten I. 1893.
— —, Gesetz und Rechtsanwendung. Iher. Jhb. 58, 146 ff.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1903.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. 5. Aufl. 1923.
Riehl, Die Arglist beim Vertragsschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist des Vertreters. Gruch. 60, 790 ff.
Richelmann, Der Einfluß des Irrtums auf nichtige Verträge. 1837.
Richter, Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen. JW. 1921. S. 664 ff.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. III.
Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft. 1877.
Scheurl, Vertragsabschluß unter Abwesenden. JherJb. 2—249 ff.
Schönwald, Verschulden beim Vertragsschluß. Diss. Breslau 1926.
Schweppe, Das römische Privatrecht. III. 1831.
Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. JherJhb. 70. 223 ff.
Siméon-David, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Bd. 1. 1. 12./13. Aufl. 1923.
Soelling, Zustandekommen des Eisenbahnfrachtvertrags, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß. JRdsch. 25, Sp. 523 ff.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. III. 12./13. Aufl. 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. I. 9. Aufl. 1925. Bd. II. 7./8. Aufl. 1912.
Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen. LZ. XVII. Jhg. 1923. 532 ff.
— —, Zur ebenda abgedruckten Entscheidung des Reichsgerichts. JW. 1927. 1086. 4.
Thon, Die Haftpflicht des Offerenten bei Widerruf seiner Offerte. AZPr. 80. 63 ff.
Thöl, Das Handelsrecht. 5. Aufl. 1875.
Titze, Das Verschulden beim Vertragsschluß. Vortrag in der Jur. Ges. Berlin. DJZ. 25, Sp. 490. 30. Jhg.
v. Thur, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. 1914.
— —, Schadensersatz bei Dissens. ArchZivPr. Bd. 121. S. 359.
Unger, Die legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums bei obligatorischen Verträgen. Z. f. priv. u. öff. R. Bd. 15, S. 674 ff. 1888.

Unterhinninghofen, Die Haftung für culpa in contrahendo. Diss. Münster 1924.
Walsmann, Besprechung von v. Thur. Allg. Teil. B. II, 1 u. 2 in ZHR. 84, 215 ff.
Warneyer, Kommentar zum BGB. 1923.
Windsheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Aufl. und 9. Aufl. Bd. II.
Woltersdorf, Die Haftung für Abschließung von Rechtsgeschäften nach deutschem Bürgerlichen Recht. Diss. Breslau 1923.
Wüstendörfer, Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues. 1920.

Rechtsprechung.

Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte:
in der Amtlichen Sammlung,
im Recht,
in Juristische Wochenschrift,
in Gruchots Beiträgen,
in Warneyers Jahrbuch,
in Leipziger Zeitschrift,
in Seufferts Archiv,
in Deutsche Juristenzeitung,
in Hanseatische Gerichtszeitung,
in der Sammlung Mugdan-Falkmann.

Einleitung.

Ein Gesetz muß den Bedürfnissen des Rechtslebens entsprechen. Man stellt jedoch an ein geschriebenes Recht eine unerfüllbare Forderung, wenn man von ihm verlangt, es solle für jedes Rechtsproblem, das in der Zukunft einmal auftauchen könnte, eine speziell auf dessen Beantwortung zugeschnittene Lösung enthalten. Da das Gesetz unverändert bleibt, die Entwicklung der Wirtschaft aber vorwärtsschreitet, so müssen sich Lücken in der Regelung rechtsgeschäftlicher Tatbestände ergeben. Jene Methode können wir jedoch nicht billigen, die zur Ausfüllung dieser Lücken die schwerfällige Gesetzgebungsmaschine in Bewegung setzen will, solange nicht feststeht, daß das Gesetz selbst nicht zu helfen vermag. „Was die Jurisprudenz mit den gegebenen Mitteln zuwege bringen kann, dafür soll sie keine neuen schaffen“[1]), es ist ihre Aufgabe, das geltende Recht den Erfordernissen der Neuzeit anzupassen. Wissenschaft und Praxis sind berufen, die dem Gesetz zugrunde liegenden Rechtsgedanken zu Tage zu fördern[2]) und das positive Recht im Rahmen festgefügter Normen[3]) fortzubilden.

Auch das vorliegende Thema handelt von einer Lücke im Gesetz, deren Ausfüllung eine unabweisbare Forderung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bildet.

Die Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsabschluß bildet in Leonhards Schrift „Verschulden beim Vertragsschluß“ den Gegenstand eingehendster Untersuchung. Bereits in seiner Dissertation „Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß“ hat Leonhard die Frage für das gemeine Recht beantwortet. Während diese Lehre, als deren Schöpfer Leonhard anzusehen ist, vor dem Erscheinen der erstgenannten Schrift nur wenige Anhänger gefunden hatte[4]), haben sich heute Wissenschaft und Praxis fast einhellig für eine Anerkennung derselben ausgesprochen. Im allgemeinen ist man durchweg von ihrer Unentbehrlichkeit überzeugt. Bezüglich ihrer Begründung herrscht jedoch eine wahre babylonische Verwirrung; hierbei gehen sämtliche Ansichten auseinander.[5])

Den einleitenden Bemerkungen möchte ich noch hinzufügen, daß bei den vielfachen Bemühungen, der Rechtsnot abzuhelfen, nicht genügend Gewicht auf die Unterscheidung zweier vollkommen verschiedener Rechtslehren gelegt worden ist: der Lehre Iherings von der culpa in contrahendo und der Lehre Leonhards von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß. Bei jener handelt es sich um die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, den die eine Partei im Vertrauen auf die Gültig-

[1]) Ihering, Geist. d. röm. R. 3. Teil. S. 242.
[2]) vgl. RG. 24,50.
[3]) vgl. auch Grodel a. a. O. S. 4.
[4]) Leonhard, Verschulden. S. 9 Anm. 6.
[5]) s. auch Oertmann, Kommentar Vorbem. zu §§ 145 ff. 7.

keit eines nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Vertrages erlitten hat, während sich die Lehre Leonhards auf die Schadensersatzpflicht für Verschulden eines gültigen Vertrages bezieht. Mit Leonhard wollen wir diese Verpflichtung „Haftung für Vertragsschuld" nennen.

Von der Haftung für schuldhaftes Verhalten beim Vertragsschluß ist ferner zu unterscheiden die Haftung für ein Erfüllungsverschulden, culpa in solvendo, welche sich auf Grund eines dem Hauptvertrag vorangehenden Rechtsgeschäfts rechtfertigt. [6])

Die Grundlage dieses vorhergehenden Vertrags wird nicht die Einigung über einen Punkt bilden, der erst Inhalt des diesem nachfolgenden Hauptvertrages werden soll. Ebensowenig ist jener identisch mit dem sogenannten Vorvertrag, durch den sich die Parteien verpflichten, den Hauptvertrag abzuschließen. Die Annahme eines solchen dem Hauptvertrag vorangehenden selbständigen Vertragsverhältnisses wird nicht ganz einfach sein, denn in den seltensten Fällen wird eine ausdrücklich auf Abschluß dieses Vertrages gerichtete Einigung vorliegen. Den Vorwurf eines fingierten Vertragsabschlusses wird jedoch der nicht zu fürchten haben, der davon überzeugt ist, daß ein Vertrag auch stillschweigend abgeschlossen werden kann und allein die „objektiven Erklärungswerte für die Beurteilung der Frage, ob eine Einigung vorliegt oder nicht, maßgebend sind.[7]) Ferner wird dieser Vertrag selten unter die im BGB. geregelten Vertragstypen fallen. Doch nicht umsonst soll der schöne Rechtsgrundsatz von der Vertragsfreiheit gelten, wenn auch, wie Siber richtig bemerkt, die Erfindertätigkeit auf diesem Gebiet in der Hauptsache abgeschlossen sein wird. [8]) Zu beachten bleibt jedoch, daß Abmachungen rein gesellschaftlicher Natur nicht in das Gebiet der Schuldverhältnisse fallen.

Als Beispiel eines solchen dem Hauptvertrage vorangehenden Rechtsgeschäfts möchte ich den bereits mehrfach angeführten „Besichtigungsvertrag" anführen.[9]) Zwecks Kaufs eines Autos unternehmen die Parteien eine Probefahrt. Hierbei erleidet die kauflustige Partei einen Schaden. Der Annahme eines eigenen vorbereitenden Vertrags steht m. E. nichts im Wege, so daß die Haftung aus Vertrag durchaus am Platze erscheint.

In diesem Falle handelt es sich nicht etwa um eine Haftung für Verschulden beim Vertragsabschluß, sondern um eine Haftung für schuldhaftes Verhalten bei der Erfüllung. Unabhängig davon, ob es jemals zum Abschluß des Hauptvertrages gekommen ist, gestattet der Vorvertrag eine Haftung aus Vertrag.

[6]) vgl. auch Titze DJZ. 25 Sp. 490; Oertmann Komm. Vorbem. §§ 145 ff. 7a; Hedemann a. a. O. § 41 IVa S. 316.

[7]) Oertmann Komm. § 155. Ib; s. auch Siber, Iher. Jhb. 70, 259.; Manigk, Irrt. u. Ausleg. S. 201.

[8]) Siber, Iher. Jhb. 70, 258; Fischbach a. a. O. S. 164; RG. 63, 152.

[9]) Fischbach a. a. O. Seite 165; Crodel a. a. O. Seite 32; Lévy, Diss. a. a. O. Seite 49; RG. 65, 10. s. hierzu auch RG. DJZ. 25, 341. Urteil v. 10. 11. 24 (1 Z. S.)

Erster Teil.

§ 1.

„Das ungemein starke Triebmittel, das praktische Bedürfnis“ [1]), hat in der Wissenschaft und Rechtsprechung der Erkenntnis von der Notwendigkeit einer Haftung für Verschulden beim Vertragsabschluß zum Siege verholfen.

An Hand von zahlreichen Beispielen weist Leonhard nach, daß der Gesichtspunkt der Nichterfüllung nicht ausreicht, der praktischen Not abzuhelfen.[2])

Die Regeln über unerlaubte Handlungen bieten den Geschädigten auch nicht den nötigen Schutz. Ihre Anwendung setzt die Verletzung eines der in § 823 BGB. genannten Rechtsgüter, eines absoluten Rechts oder eines Schutzgesetzes voraus. Eine Vermögensbeschädigung begründet einen Anspruch nur im Falle einer gegen die guten Sitten verstoßenden vorsätzlichen Schadenszufügung (§ 826 BGB.). Bei fahrlässiger Vermögensbeschädigung gewähren die Vorschriften über unerlaubte Handlungen keinen Schutz. Endlich kann sich der Geschäftsherr von der Haftung durch einen Entlastungsbeweis befreien, § 831 BGB. [3])

Ferner erbringt Leonhard den Nachweis, daß die Konstruktion einer stillschweigenden Garantieübernahme keineswegs als eine den tatsächlichen Vorgängen entsprechende und befriedigende Lösung angesehen werden kann. [4])

Auch die Vorschriften über Wandelung können nicht als geeigneter Rechtsbehelf angesprochen werden. In vielen Fällen einer Schädigung würde der Käufer lediglich auf den Wandelungsanspruch angewiesen sein. Einen Anspruch auf den vollen Ersatz des erlittenen Schadens gewährt dem Käufer nur der § 463 BGB., der die Haftung von einem arglistigen Verhalten des Verkäufers abhängig macht. [5])

§ 2.

Die streng formale Natur des ältesten römischen Rechts gewährte den Parteien keinen Schutz gegen Verschulden beim Geschäftsabschluß. Gegen Mängel einer Ware konnte man sich allein durch die Vornahme einer Untersuchung oder durch Formalversprechen schützen. Wollte

[1]) Leonhard, Verschulden S. 3.

[2]) Leonhard, Verschulden S. 24—32; vgl. auch Paterna S. 19 ff; Crodel a. a. O. S. 18—20.

[3]) Leonhard, Verschulden S. 32—35; s. auch Krückmann Iher. Jhb. 59. 327; Levy, Diss. a. a. O. S. 42 ff., RG. 62, 317; 78, 241.

[4]) Leonhard, Verschulden S. 35—38. s. auch Krückmann Iher. Jhb. 59. 328; Crodel a. a. O. S. 21.

[5]) Leonhard, Verschulden S. 38—42; s. auch Crodel a. a. O. S. 21.

sich der Käufer diese Garantie verschaffen, so sah er sich genötigt, die Formulare einer stipulatio in Anspruch zu nehmen.[1])

Wenn die stipulatio einen ernstlichen Schutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr bedeuten sollte, so dürfte ihre Inanspruchnahme nicht von der Erfüllung komplizierter Geschäftsformeln abhängig sein.

Doch auch die abgekürzten, an eine summarische Fassung gebundenen Stipulationen verloren sehr bald an Bedeutung gegenüber neuen Rechtssätzen, die den Bedürfnissen des Rechtslebens mehr entsprachen.[2])

Nach Umwandlung des Kaufs zum Konsensualvertrage beeinflußte der in die Formel aufgenommene Zusatz „ex fide bona" in hohem Maße das ganze Rechtssystem. Die Wirkung des Zusatzes war jedoch zunächst an die Erfüllung objektiver Tatbestandsmerkmale gebunden. An Hand von besonders bemerkenswerten Fällen gliederte sich der neue Rechtssatz in das Kaufrecht ein.[3])

Daneben galten die zum Schutz des Käufers geschaffenen Bestimmungen des aedilitischen Edikts. Nach ihnen schuldete der Verkäufer bereits beim Abschluß des Vertrages Erkundigungs- und Untersuchungspflichten. Bei einer Verletzung derselben stand dem Käufer ohne Rücksicht auf Verschulden des Verkäufers je nach Wahl die actio redhibitoria oder die actio quanti minoris zu.[4]) Diese Bestimmungen beschränkten sich jedoch zunächst nur auf den engeren Kreis der ediktmäßigen Fehler und vermochten daher dem praktischen Bedürfnis nicht restlos Abhilfe zu schaffen.[5])

Auch die actio de dolo war nicht geeignet, einen befriedigenden Rechtsbehelf zu bilden. Ein deliktischer Anspruch gestattete nicht die Anwendung der umfassenderen vertraglichen Haftungsgrundsätze und sein infamierender Charakter bewirkte eine allgemeine Abneigung gegen seine Anwendung. Infolgedessen bemühte man sich, die Deliktsklagen durch solche nichtdeliktischer Natur zu ersetzen.[6])

Die Sätze über die bona fides bilden den Ausgang der Anerkennung vertraglicher Ansprüche bei schuldhaftem Verhalten beim Vertragsschluß. „Hand in Hand mit dem Fortschritt, den das Recht in der Beachtung der bona fides macht" [7]), geht die Entwicklung des Rechtssatzes der Haftung für Vertragsschuld.

Diese Haftung läßt sich keineswegs auf eine formlose Zusage zurückführen; denn sie wird bereits zu einer Zeit gegeben, wo das Versprechen als solches eine derartige Wirkung noch nicht hatte. Wirksame Garantieansprüche setzen im älteren römischen Recht stets eine in Stipulationsform gekleidete Zusage voraus.[8]) Unabhängig von dolus und

---

[1]) Leonhard, Haftung S. 6.
[2]) Bechmann a. a. O. 2. Abt. 2. Hälfte. § 340 S. 117 ff.
[3]) Leonhard, Haftung. S. 3.
[4]) Bechmann a. a. O. 2. Abt. 2. Hälfte, § 338. S. 111 ff.
[5]) Mommsen, Erörterungen 2 S. 18 ff.
[6]) vgl. Heldrich a. a. O. S. 1, ff.; Regelsberger, Erörterungen S. 33.
[7]) Leonhard, Haftung S. 13.
[8]) Leonhard, Haftung S. 22 ff. a. A.: Bechmann a. a. O. I. 2. § 92, S. 661 ff. Gegen Bechmann Hanausek a. a. O. 1. Abt. § 6 Seite 44, Anm. 14.

Garantie steht dem beim Vertragsschluß Geschädigten eine Kontraktsklage zu.[9]) Mit Leonhard gelangen wir zu dem Ergebnis, daß der Verpflichtungsgrund seine Rechtfertigung allein in dem Grundsatz der Haftung für Vertragsschuld findet. Die Anwendung des Rechtssatzes der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bildet vor der Kaiserzeit noch eine Seltenheit. Bei den Byzantinern dagegen genießt er bereits weitestgehende Anerkennung. Kauf, Miete, Leihe und Verwahrung[10]), m. a. W. die typischen Vertragsarten des täglichen Lebens, kennen eine Haftung für Vertragsschuld.

Neuerdings bestreitet Heldrich, daß der Verkäufer nach römischem Recht für Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß gehaftet habe. Beim Kauf sollen die Beteiligten nur dolus in contrahendo zu vertreten haben.[11]) Soweit die Haftung vom Verschulden unabhängig sei, werde diese Erfolgshaftung juristisch gerechtfertigt durch eine Fiktion der culpa.[12])

Leonhard unterscheidet drei Gruppen, in denen der Verkäufer sowohl für culpa als auch für dolus haftet.

1. Schuldhaftes Verschweigen von Fehlern der Ware.[13])
2. Fahrlässige Abgabe eines Versprechens.[14])
3. Der Verkäufer unterläßt schuldhaft, sich über Eigenschaften der Ware zu unterrichten.[15])

Nach der Ansicht von Heldrich handelt es sich in der ersten Gruppe ausschließlich um Fälle, in denen für doloses Verschweigen von Mängeln gehaftet wird, ein venditor sciens handle stets dolo.[16]) Zur Begründung seiner Ansicht beruft er sich auf die von Leonhard angeführten Quellenstellen D. 18, 6, 16[17]); D. 21, 1, 1, 9[18]); D. 21, 1, 4, 4[19]); D. 18, 1, 45[20]); D. 19, 1, 13, 3[21]), für die Leonhard in durchaus überzeugender Weise nachgewiesen hat, ohne daß seine Ausführungen von Heldrich widerlegt worden sind, daß in den zitierten Fällen gerade nicht für doloses Verhalten, sondern für culposes Verschweigen gehaftet wird. Die Ansicht von Leonhard erfährt eine Unterstützung durch Mommsen bei Erörterung der Digestenstelle D. 21, 1, 1, 9.[22])

Zur Unterstützung seiner Ansicht führt Heldrich aus, den Römern sei der Gedanke, ein venditor sciens könne fahrlässig handeln, gar nicht

[9]) vgl. Hanausek 1. Abt. S. 12 Anm. 38.
[10]) vgl. Leonhard, Haftung; Heldrich a. a. O.
[11]) Heldrich a. a. O. S. 6.
[12]) Heldrich a. a. O. S. 39.
[13]) Leonhard, Haftung § 2, S. 6—22.
[14]) Leonhard, Haftung § 3, S. 22—31.
[15]) Leonhard, Haftung § 4, S. 31—49.
[16]) Heldrich a. a. O. S. 6.
[17]) Leonhard, Haftung S. 61 ff.
[18]) Leonhard, Haftung S. 18.
[19]) Leonhard, Haftung S. 18.
[20]) Leonhard, Haftung S. 19 ff.
[21]) Leonhard, Haftung S. 22.
[22]) Mommsen, Erörterungen II. S. 19 Anm. 4.

gekommen, „werde doch an mehreren Stellen gegen den sciens ohne weiteres die actio de dolo gegeben".[23])

Zunächst halte ich es für äußerst bedenklich, dem hochentwickelten Rechtsempfinden der Römer ein so begrenztes juristisches Vorstellungsvermögen zuzumuten. Diesem Gefühlsurteil stellt sich noch ein konkreter, gegen die Ansicht Heldrichs sprechender Beweis zur Seite. Denn es handelt sich in den von Heldrich aufgezählten Digestenstellen D. 4, 3, 18, 3; D. 13, 7, 36; D. 30, 110 tatsächlich um arglistiges Verhalten, so daß keine Rede davon sein kann, daß gegen den sciens „ohne weiteres" eine actio doli gegeben wird. In D. 4, 3, 18, 3 heißt es:

> De eo qui sciens commodasset pondera „maiora"[24]), ut venditor emptori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem.

Heldrich selbst nennt den Käufer einen Betrüger[25]), der dem Verkäufer zum Abwiegen einer bestimmten Quantität falsche Gewichte leiht. Gab es jemals einen Betrüger, der nicht arglistig handelte?

Ferner gibt D. 47, 2, 52, 22 darüber Aufschluß, daß bei den Römern im Falle einer Gewichtsfälschung allein Zweifel über die Art der Begründung eines deliktischen Anspruchs bestanden; daß nur ein solcher in Frage komme, darüber bestand kein Streit.

> D. 47, 2, 52, 22: Mairora quis pondera tibi commodavit, cum emeres ad pondus: furti eum venditori teneri Mela scribit.

Mela entscheidet sich im Gegensatz zu Trebatius für einen furtum.[26]) Die Voraussetzungen für die Annahme eines Delikts liegen vor. Dies rechtfertigt den Schluß, daß auch Trebatius die Haftung des Käufers unter dem Gesichtspunkt eines Delikts statuiert hat. Er entscheidet sich jedoch nicht für einen Diebstahl, sondern für einen Betrug. Demnach kann als erwiesen gelten, daß nach herrschender Ansicht über die arglistige Natur des Verhaltens des Käufers kein Zweifel bestanden hat.

Um ein arglistiges Verhalten handelt es sich gleichfalls in D. 13, 7, 36, 1. Hier heißt es:

> Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur hac actione tenebitur.

Das Wort „crimen", das auch am Schluß der Stelle noch einmal genannt wird, deutet darauf hin, daß der Römer das Verhalten des Schuldners für minderwertig und gehässig gehalten hat, was m. E. den Schluß rechtfertigt, daß auch den Römern die arglistige Natur eines solchen Verhaltens nicht entgangen ist.

Klar beweist D. 13, 7, 9 pr., daß es sich in D. 13, 7, 36, 1 um Arglist handelt. „Wenn die Römer Arglist bezeichnen wollen, so fügen sie immer Zusätze wie dolo malo, mentiri celare bei".[27]) Nun sagt aber D. 13, 7, 9, pr.:

---

[23]) Heldrich a. a. O. S. 6.
[24]) Heldrich a. a. O. S. 35 ergänzt zu pondera „maiora", nicht iniqua.
[25]) Heldrich a. a. O. S. 16.
[26]) vgl. Heldrich S. 15 ff., 35 ff.
[27]) Leonhard, Verschulden S. 5.

Si rem alienam mihi debitor pignori dedit sciens prudensque aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est, locum habere „de dolo malo“ [28]) iudicium.

Geben die Römer nach der Auffassung von Heldrich also offen zu, daß die Verpfändung einer fremden Sache — um den gleichen Tatbestand handelt es sich in D. 13, 7, 36, 1 — eine Haftung wegen Arglist zur Folge hat, so wird man nicht leugnen können, daß es sich auch in D. 13, 7, 36, 1 um ein arglistiges Verhalten handelt.

Ebensowenig vermag D. 30, 110 einen Beweis gegen Leonhards Ansicht zu erbringen.

D. 30, 110: Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit de dolo malo agi posse ait.

Auch aus dieser Stelle geht hervor, daß die Römer kein Bedenken getragen haben, das Moment der Arglist in dem Verhalten des Erben zu erkennen, um dem Geschädigten mit Recht eine actio doli zu gewähren.

Zusammenfassend wäre demnach zu sagen, daß die von Heldrich gegen die erste Gruppe erhobenen Einwendungen jeder stichhaltigen Begründung entbehren und nicht geeignet sind, die Darlegungen Leonhards zu widerlegen.

Ebensowenig einleuchtend erscheint mir die Beweisführung Heldrichs hinsichtlich der zweiten Gruppe: „Allerdings werde in D. 19, 1, 13, 3 eine Haftung des Verkäufers für unverbindliche gutgläubige dicta deshalb statuiert, weil der Käufer non debuit facile quae ignorabat adseverare, aber damit wollten die Kompilatoren nur die von ihnen eingeführte Neuerung motivieren, nicht etwa die Haftung von einem Verschulden abhängig machen. Sie ließen ja auch in D. 18, 6, 16 den Verkäufer, der de bonitate adfirmavit, haften, ohne daß ihm eine culpa zur Last fiele.“ [29])

Unbefriedigt läßt zunächst die Erklärung Heldrichs, durch die Fiktion einer culpa [30]) hätten die Kompilatoren die von ihnen eingeführte Neuerung rechtfertigen wollen, denn die leichtfertigen Angaben über Dinge, die der Verkäufer nicht kannte, stellen sich als ein Verschulden in concreto dar. Ohne Not an seine Stelle eine abstrakte Fiktion des Verschuldens zu setzen, erscheint vollkommen willkürlich.[31]) Von einer Fiktion kann nur dort gesprochen werden, wo eine Erklärung für eine tatsächliche oder rechtliche Erscheinung gegeben wird, obgleich gewiß ist, daß diese Annahme nicht dem wahren Sachverhalt entspricht. Wir sahen jedoch, daß in D. 19, 1, 13, 3 wirklich culpa vorliegt. Von einer Fiktion kann demnach keine Rede sein. Warum haftet der Verkäufer denn in Cod. 4, 58, 3, 1? Doch auch nur quod temere promisit. Ein Verkäufer, der aufs geratewohl verspricht, handelt eben fahrlässig.[32])

[28]) So nach Heldrich. vgl. S. 34 Anm. 8.
[29]) Heldrich a. a. O. S. 6.
[30]) Heldrich a. a. O. S. 39.
[31]) vgl. Leonhard, Haftung S. 29.
[32]) vgl. Leonhard, Verschulden S. 7.

Welche heilige Scheu sollte die Römer davon abgehalten haben, ein leichtsinniges Verhalten des Verkäufers als culpa zu erkennen? Sprechen sie doch in D. 47, 2, 62, 5 ausdrücklich von einer „culpa" des Auftraggebers, die dem Verschulden eines Hinterlegers gleichgestellt wird, der beim Abschluß des Verwahrungsvertrages nicht sorgfältig verfahren hat.[33])

D. 47, 2, 62, 5: Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.

Wozu die höchst gekünstelte Fiktion Heldrichs, wo es auf der Hand liegt, daß es die culpa ist, welche den Verkäufer in D. 19, 1, 13, 3 zum Einstehen verpflichtet?

Mit Leonhard stellen wir uns auf den Standpunkt, daß die Römer eine Haftung für formlose dicta nicht gekannt haben.[34]) Eine Haftung für fahrlässige Abgabe eines Versprechens läßt sich lediglich aus dem Gesichtspunkt der Haftung für Fahrlässigkeit bei Vertragsschluß rechtfertigen. So auch in D. 19, 1, 13, 3.[35]) Eine Motivierung der Haftung im Sinne Heldrichs hängt somit in der Luft, da eine Rechtfertigung der Haftung für gutgläubige formlose dicta nicht beabsichtigt sein kann. Die Begründung bekommt jedoch Sinn und Zweck, wenn wir in ihr die Rechtfertigung einer Haftung für Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß sehen.

Wieso D. 18, 6, 16 geeignet sein soll, die Ansicht Heldrichs zu unterstützen, ist ziemlich unverständlich. Nach Heldrichs eigenen Worten haftet der Verkäufer hier für doloses Schweigen.[36]) Danach müßte es auch in den Augen Heldrichs gar nichts besonderes sein, wenn die Kompilatoren hier eine Haftung statuieren; denn das für dolus in contrahendo stets gehaftet wird, gibt selbst Heldrich zu. Wenn nach der Ansicht von Heldrich die Römer in dem Verhalten des Verkäufers ein doloses Verhalten gesehen haben und aus diesem Grunde eine Haftung statuiert haben, so ist nicht einzusehen, warum diese Digestenstelle gegen eine Haftung für culpa sprechen soll. Sie kann nicht mehr beweisen, als daß eine Haftung für dolus anerkannt ist. Was im Falle fahrlässigen Verhaltens rechtens ist, geht aus ihr nicht hervor.

Die Beweisführung Heldrichs hat jedoch noch eine andere Lücke. In D. 18, 6, 16 wird gerade nicht für dolus gehaftet, sondern für culpa. Gegenüber den ausführlichen Darlegungen Leonhards[37]), daß in D. 18, 6, 16 kein dolus vorliegt, begnügt sich Heldrich mit dem bloßen Ausspruch, es werde eine Haftung für doloses Verschweigen von Mängeln der Kaufsache erörtert. Da nach unserer Ansicht dem Verkäufer in D. 18, 6, 16 kein dolus, sondern culpa zur Last fällt, spricht die Digesten-

[33]) s. auch Dernburg, Pand. II. § 92, 2. Anm. 24.
[34]) Leonhard, Haftung S. 22 ff.; a. A.: Heldrich a. a. O. Seite 10; vgl. ebd. Anm. 15.
[35]) vgl. Leonhard, Haftung S. 22.
[36]) Heldrich a. a. O. S. 6 Anm. 20.
[37]) Leonhard, Haftung S. 16 ff.

stelle nicht gegen, sondern gerade umgekehrt für eine Haftung für fahrlässige Abgabe eines Versprechens beim Vertragsschluß.

Nach Heldrich sollen die von Leonhard in der dritten Gruppe genannten Quellenstellen durchweg von Genusgeschäften handeln. Die Frage des Verschuldens würde demnach in ihnen gar nicht berührt.[38])

Was D. 19, 1, 6, 4 anlangt, „so folgt allerdings aus dem Ausdruck vas aliquod nicht notwendig, daß ein Stückkauf vorliegt."[39]) Die Stelle lautet:

> Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. Sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum, quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert.

Die Ansicht Heldrichs ist jedoch irrig, wenn er meint, auch das Folgende biete nicht den geringsten Anstoß, wenn man es auf einen Gattungskauf beziehe.[40])

Zunächst läßt es sich wohl kaum mit der Auffassung über das Wesen einer Gattungsschuld vereinbaren, daß darüber gestritten wird, wann gehaftet werden soll, ob nur bei dolus malus oder für jedes Verschulden. Bei einem Gattungskauf kann diese Steitfrage gar keine Rolle spielen, da ohne Rücksicht auf Verschulden eine mangelfreie Sache geliefert werden muß. Ferner ergibt sich aus dem Hinweis auf die Entscheidung des Sabinus, die uns in D. 19, 2, 19, 1 erhalten ist[41]), daß es sich nur um eine Speziesschuld handeln kann. In beiden Digestenstellen handelt es sich um das gleiche Geschäft; geht aus D. 19, 2, 19, 1 hervor, daß Inhalt der Schuld eine Speziessache ist, so gilt dies auch für D. 19, 1, 6, 4.

> D. 19, 2, 19, 1: Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest, nex ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur.

Was sollen die Worte „nex ignorantia eius erit excusata"? Wenn es sich um eine Gattungsschuld handeln würde, so wäre dieser Passus doch höchst überflüssig. Genusgeschäfte verpflichten doch ohne Rücksicht auf Verschulden zur Leistung eines fehlerfreien Fasses. Der Ansicht, die Byzantiner hätten sich durch diesen Zusatz die Haftung für eine Gattungschuld „plausibel" machen wollen[42]), kann nicht beigetreten

---

[38]) Heldrich a. a. O. S. 6. Ebenda sind folgende Digestenstellen zitiert: D. 19, 1, 6, 4; D. 19, 2, 19, 1; D. 2, 1, 33 pr.; D. 19, 1, 27; D. 19, 1, 54, 1

[39]) Heldrich a. a. O. S. 22.

[40]) vgl. Leonhard, Haftung S. 32 ff.

[41]) Leonhard, Haftung S. 39.

[42]) Heldrich a. a. O. S. 23.

werden. Diese Begründung muß um so merkwürdiger anmuten, als Heldrich kurz vorher behauptet, daß bei den Byzantinern über den Unterschied von Genus- und Speziesgeschäft keine Klarheit mehr bestanden habe.[43]) Was kann den Byzantinern dann noch daran gelegen haben, sich die Haftung für eine Genusschuld plausibel zu machen, wo es schließlich gleichgültig war, ob man sich für ein Genus- oder ein Speziesgeschäft entschied?

Dagegen bietet die Feststellung der Römer, „nec ignorantia eius erit excusata" dem Verständnis keinerlei Schwierigkeiten, wenn wir der Meinung sind, daß es sich in diesem Falle um ein Speziesgeschäft handelt. Eben weil man Gewicht darauf legte, die Haftung zu motivieren, besteht für mich kein Zweifel, daß es sich in D. 19, 2, 19, 1 um eine Speziesschuld handelt. Andernfalls würde auch die Gegenüberstellung der Haftung für schadhafte Fässer und für eine giftige Weide unverständlich bleiben, so aber reiht sie sich zwanglos in das Ganze ein. Eine Wiese auf herba mala hin zu untersuchen, bietet allzuviel Schwierigkeiten, als daß man sie einem Schuldner zumuten könnte. Dagegen kann man von einem Schuldner wohl verlangen, daß er Fässer auf ihre Brauchbarkeit hin untersucht. Tut er dies nicht, und stellt sich ein Schaden ein, so wird man mit Recht von einem Verschulden des Schuldners sprechen können.[44]) Dieser Gedankengang ist es, der der Digestenstelle D. 19, 2, 19, 1 zugrunde liegt, nicht die Gegenüberstellung einer Spezies- und Genusschuld. Geht somit aus D. 19, 2, 19, 1 hervor, daß es sich um Stückschulden handelt, so muß das gleiche für D. 19, 1, 6, 4 gelten.

D. 21, 1, 33 pr. muß als völlig ungeeignet bezeichnet werden, als Beweis für die Auffassung Heldrichs zu dienen. Hier wird lediglich ausgesprochen, „daß die Pertinenzen in gleicher Beschaffenheit zu leisten seien, wie die Hauptsache."[45]) Haftet der Schuldner für Unversehrtheit der Hauptsache, so haftet er auch für Unversehrtheit der Pertinenz. Darüber, ob Spezies- oder Genusschuld vorliegt, gibt D. 21, 1, 33 pr. keinen Aufschluß.

Den gleichen Gedankengang spricht D. 19, 1, 27 aus. Auch hier deutet nichts darauf hin, daß es sich um das Vorliegen einer Gattungsschuld handelt.[46])

Schließlich soll auch D. 19, 1, 54, 1 eine Genusschuld zum Inhalt haben. Jedoch auch dieser Ansicht können wir nicht zustimmen.

D. 19, 1, 54, 1: Si dolia octoginta accedere fundo, quae infossa essent, dictum erit, et plura erunt quam ad eum numerum, dabit emptori ex omnibus quae vult, dum integra det: si sola octoginta sunt, qualia cumque emptorem sequentur nec pro non integris quiquam ei venditor praestabit.

Um der Ansicht Heldrichs beitreten zu können, müßte man sich, um dem Wesen der Gattungsschuld gerecht zu werden, im ersten Falle

[43]) Heldrich a. a. O. S. 23.
[44]) vgl. Leonhard, Haftung S. 39.
[45]) vgl. Leonhard, Haftung S. 40.
[46]) vgl. Leonhard, Haftung S. 40.

für einen Gattungskauf und im zweiten für einen Stückkauf entscheiden. Die Stelle läßt jedoch eindeutig erkennen, daß es sich in beiden Fällen um dasselbe Geschäft handelt.[47]) Da im zweiten Falle trotz Unversehrtheit nicht gehaftet wird, die Annnahme einer Gattungsschuld dadurch also ausgeschlossen wird, kann es sich in beiden Fällen nur um eine Stückschuld handeln. Diese Digestenstelle wird nicht etwa „am ehesten verständlich, wenn man einen Genuskauf unterstellt".[48]) Der Haftungsgrund ist im ersten Falle zu sehen in dem Grundsatz der Haftung für schuldhaft unterlassene Untersuchung.[49]) Kann dem Schuldner ein Verschulden nicht zum Vorwurf gemacht werden, so soll er, wie es im zweiten Falle geschehen ist, keiner Haftung unterliegen.

Wir gelangen somit zu dem Ergebnis, daß die Behauptung Heldrichs, der Verkäufer hafte nach römischem Recht nicht für jedes Verschulden beim Vertragsschluß, einer Grundlage entbehrt, und somit nach wie vor feststeht, daß auch der Verkäufer für culpa beim Abschluß eines Vertrages einzustehen hat.

§ 3.

Im Preußischen Allgemeinen Landrecht findet der Grundsatz der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß in der Vorschrift des § 285 I 5 seine ausdrückliche Anerkennung: Wer bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, muß dem anderen sein ganzes Interesse vergüten.

Eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß wird ferner anerkannt in Art. 248 und 473 SchweizOblR. Auf dem gleichen Standpunkt steht der § 923 des österr. ABGB.[1])

Der zweite Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches des Königreichs Bayern sprach gleichfalls in den Art. 317 und 319 das Prinzip der Haftung für schuldhaftes Verhalten beim Vertragsschluß aus.

Für den Code Civil ist eine Bejahung dieses Grundsatzes aus dem Art. 1135 herzuleiten.[2])

Eine Haftung für eine bereits beim Abschluß des Vertrages bestehende Verpflichtung enthalten die §§ 426, 427 HGB.: Der Absender haftet dem Frachtführer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Frachtbrief aufgenommenen Angaben sowie für alle Folgen, die aus dem Mangel der Unzulänglichkeit oder der Unrichtigkeit der Begleitpapiere entstehen. Nach § 45 BSchiffG. ist der Absender, welcher unrichtige Angaben über die verladenen Güter macht, für den durch diese Handlungsweise veranlaßten Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt für den Absender gemäß § 57 EVO.

---

[47]) vgl. Leonhard, Haftung S. 41.

[48]) Heldrich a. a. O. S. 21.

[49]) vgl. Leonhard, Haftung S. 42 ff.; ferner D. 19, 1, 21.

[1]) s. Leonhard, Verschulden S. 10, ferner die ausführlichen Angaben bei Müller a. a. O. S. 17—21; Heldrich a. a. O. § 15 Seite 41—52: Das Verschulden beim Vertragsschluß in den modernen Kodifikationen.

[2]) Leonhard, Verschulden S. 10; RG. 12, 324. s. auch Heldrich a. a. O. S. 41 ff.

Eine Haftung für schuldhaftes Verhalten im Zeitraum der Vertragsverhandlungen begründen ferner die §§ 16 ff. VVG. und § 45 BörsG. (Prospekthaftung).

Dieser Ueberblick mag genügen. Er zeigt mit aller Deutlichkeit, daß der Rechtsgedanke der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nicht nur eine vorübergehend beachtenswerte Denkform gewesen ist.[3]) Er ist vielmehr ein Rechtsgrundsatz, dessen Existenz und Notwendigkeit zu allen Zeiten bejaht worden ist, wo immer der Grundsatz gegolten hat, daß das Recht Gerechtigkeit will. Mit treffenden Worten faßt Leonhard das Ergebnis des geschichtlichen Rückblicks in seiner Schrift „Verschulden beim Vertragsschluß" zusammen: „Auf jeden, der das Recht als Produkt einer Entwicklung würdigt, muß dies sicherlich einen bedeutenden Eindruck machen. Unser Gesetzbuch kann und will gar nicht völlig neues Recht erfinden. Seine Vorschriften sind meist nur der Niederschlag der bisher geltenden Rechtsgedanken. Es ist daher nicht leicht annehmbar, daß ein so wichtiger allgemeiner Rechtssatz ohne weiteres beseitigt sein soll. Fast alle großen Rechtsgebiete kannten eine Haftung für Vertragsschuld; ohne eine deutliche Aenderung wird man nicht glauben dürfen, daß sie so sang- und klanglos verschwunden sei".[4])

§ 4.

Zu den gesetzlichen Bestimmungen des BGB., aus denen ein allgemeines Prinzip der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß abgeleitet wird, gehört der § 463 BGB.

Ein arglistiges Verhalten im Augenblick des Vertragsschlusses verpflichtet den Verkäufer zum Ersatz des vollen Interesses. Ein klarer Fall einer Haftung für Verschulden beim Abschluß des Vertrages.[1])

Geschichte, Billigkeit und Anordnung lassen erkennen, daß der Rechtsgrund nicht in einem außervertraglichen Schuldverhältnis, sondern in einem Vertragsverhältnis zu sehen ist.[2]) Wollen wir aus § 463 BGB. auf das Bestehen eines allgemeinen Grundsatzes vertraglicher Natur schließen, so ist notwendigerweise Voraussetzung, daß die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung eine vertragliche ist.

Nun ist die Behauptung aufgestellt worden[3]), die Einzelregelung in § 463 BGB. rechtfertige die Folgerung, daß nur in dem vom Gesetz besonders hervorgehobenen Fall der Arglist für Verschulden beim Vertragsschluß gehaftet werden solle. Dem Gesetz müsse der schwere Vor-

---

[3]) vgl. Leonhard, Haftung S. 51.

[4]) Leonhard, Verschulden S. 10.

[1]) Leonhard, Verschulden S. 45; Oertmann LZ. 1914 Sp. 519, JW. 19, 35; Krückmann Iher. J. 59, 324; Planck-Siber Vorbem. §§ 275 ff. I. 4a; RGR. Komm. § 276. I; Staub Komm. § 347, 2a; Hedemann, Schuldrecht § 41, IV. b S. 317; v. Thur Allg. T. II. 1 S. 490; RG. 95, 60; 66, 87.

[2]) Leonhard, Verschulden S. 44; RG. 66, 87 ff.; Gruch. 59, 360; s. auch Paterna a. a. O. S. 14 ff.

[3]) Enneccerus (9.—11. Aufl. 1915) I, 2 § 266, 3; vgl. auch 23.—24. Aufl. 1927. I. 2 § 266. 3; Ortner a. a. O. Seite 10,

wurf der Unklarheit gemacht werden, wenn man neben den Vorschriften des Kaufrechts, die allein einen Anspruch auf Schadensersatz bei besonderer Zusage oder Arglist gewährten, noch ungeschriebene Rechtssätze zur Anwendung bringe. Es sei unverständlich, weshalb der Gesetzgeber diese Vorschrift geschaffen habe, wenn außer der Arglist noch die Fahrlässigkeit eine Ersatzpflicht begründe.

Anhänger dieser Ansicht müßten dann auch konsequenterweise die Lehre Staubs von der positiven Vertragsverletzung ablehnen, die ja ebenfalls neben den Vorschriften über Kauf zur Anwendung gelangt. In diesem Falle bildet jedoch eine nicht ausdrücklich ausgesprochene Anerkennung eines Rechtssatzes durch das Gesetz keinen Hinderungsgrund für die Bejahung ungeschriebener vertraglicher Pflichten.

Abgesehen von diesem Widerspruch zeigt sich jene Auffassung aus einem anderen Grunde unhaltbar. Bei näherer Betrachtung des § 463 BGB. läßt sich nämlich eine Haftung für jedes schuldhafte Verhalten beim Vertragsschluß in durchaus verständlicher Weise mit der in dieser Vorschrift ausdrücklich ausgesprochenen Haftung der Arglist vereinbaren.

§ 463 BGB. kann nur eine richtige Auslegung erfahren, wenn wir diese Vorschrift in Verbindung mit den gesetzlichen Bestimmungen betrachten, mit denen sie im engsten Zusammenhange steht. § 463 BGB. wurzelt im Währschaftsrecht. Hätte der Gesetzgeber den Inhalt dieser Vorschrift nicht zum Bestandteil des Gesetzes erhoben, so würde sich ein berechtigter Streit der Meinungen über die Frage erhoben haben, ob in den Fällen, wo der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, der Käufer lediglich auf die Vorschriften über Wandlung und Minderung angewiesen sei, oder ob im Falle eines arglistigen Verhaltens von dieser Sonderregelung abzusehen und die Anwendung eines allgemeinen, das ganze Vertragsrecht beherrschenden Grundsatzes gerechtfertigt sei.[4]) Hier schafft der § 463 BGB. Klarheit: Verschweigt der Verkäufer arglistig seinen Mangel, so soll der Grundsatz der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß zur Anwendung gebracht werden. Es gilt demnach im Falle der Arglist das, was gegolten hätte, wenn die Sondervorschriften des Gewährleistungsrechts nicht in das BGB. aufgenommen worden wären. § 463 BGB. bildet eine Ausnahme von der Regel des Währschaftsrechts.[5]) Diese wiederum kann als Sonderregelung für gewisse Verträge, die spezieller als der allgemeine Rechtsgrundsatz der Haftung sind, angesehen werden. § 463 BGB. steht im Gegensatz zu den Gewährleistungsvorschriften, niemals aber im Gegensatz zu einem allgemeinen Prinzip der Haftung für schuldhaftes Verhalten beim Vertragsschluß.

[4]) s. auch Krückmann Iher. Jhb. 59, 321: Im Interesse tunlichster Sicherheit des Verkehrs bedeute die Haftung nach § 463 BGB. im Verhältnis zur sonstigen Haftung, soweit das Gewährleistungsrecht eingreift, eine Strafhaftung. Paterna a. a. O. Seite 13; Levy Diss. a. a. O. Seite 20; Mot. II. S. 229; §§ 443, 540, 673 BGB.

[5]) Unterhinninghofen a. a. O. S. 43.

Gegen die Auffassung von Krückmann[6]), die Haftung nach § 463 BGB. sei unter „die Verletzung einer Anzeigepflicht" und nicht in das Gewährleistungsrecht einzureihen, läßt sich einwenden, daß diese Vorschrift erst in Verbindung mit den Bestimmungen des Währschaftsrechts, auf die sie wörtlich Bezug nimmt, ihre wahre Bedeutung erhält. Daher ist sie auch als dem Gewährleistungsrecht angehörig diesem unterzuordnen.[7])

Dem Umkehrschluß, der aus der singulären Regelung der Folgen eines arglistigen Verhaltens beim Vertragsschluß die Ablehnung einer grundsätzlichen Haftung für jedes Verschulden folgern will, ist somit jeglicher Boden entzogen. Mit ruhigem Gewissen können wir daher den § 463 BGB. zu den Vorschriften rechnen, die für eine Haftung sowohl für Fahrlässigkeit als auch für Vorsatz beim Vertragsschluß sprechen. „In jeder Richtung ist die Haftung für Vertragsschuld von allgemeinerer grundlegenderer Natur als die Währschaft. Unmöglich kann sie daher durch die Vorschriften über diese ersetzt oder eingeschränkt werden." [7a])

Als unrichtig muß jene Ansicht bezeichnet werden, die aus der in § 463 BGB. ausgesprochenen Verpflichtung zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses die Folgerung ziehen will, daß im Falle eines fahrlässigen Verhaltens beim Vertragsschluß nur auf das negative Vertragsinteresse gehaftet werde.[8]) Wir sahen bereits, daß die Bedeutung des § 463 BGB. nicht in der besonderen Anerkennung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, sondern in seiner Ausnahmestellung gegenüber der sonstigen Haftung auf Grund der Vorschriften über das Gewährleistungsrecht zu sehen ist. Gegensatz zu § 463 BGB. bildet daher keineswegs die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses im Falle fahrlässigen Verhaltens. Ueber diese grundsätzliche Frage schweigt § 463 BGB. Er spricht weder für noch gegen eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse bei fahrlässigem Verhalten im Zeitraum der Vertragsverhandlungen.

Für ein Verschulden des Schenkers oder des Verleihers im Zeitraum des Vertragsschlusses wird nach positiver Vorschrift der §§ 523, I, 524, I, 600 BGB. nur dann gehaftet, wenn das Verhalten ein arglistiges war.[9]) Da auch hier wie in § 463 BGB. die Haftung Arglist voraussetzt, könnte man vielleicht irrtümlicherweise aus diesen Vorschriften folgern, daß aus dieser Einzelbegründung der Haftung durch das Gesetz hervorgehe, es gebe kein allgemeines Prinzip der Haftung für jedes Verschulden beim Vertragsschluß.

[6]) Krückmann Iher. J. 59, 322 ff.

[7]) Leonhard, Verschulden S. 54; v. Blume Iher. Jhb. 55, 221; RGR. Komm. § 463 Anm. 1; RG. 67, 148; Gruch 59, 360.

[7a]) Leonhard, Versch. S. 54.

[8]) s. Oertmann LZ. 14 Sp. 519; Oertmann JW. 19. 35, Oertmann Komm. Vorbem. §§ 145 ff. 7c; Krückmann Iher. Jhb. 59. 326. s. auch unten § 9 a. E.; ferner Schönwald a. a. O. S. 51.

[9]) Oertmann LZ. 14 Sp. 521; Planck-Siber Vorb. 275 ff I. 4a; v. Thur ArchZivPr. 121, 359; v. Thur Allg. T. II. 1 Seite 499; Staub Komm. § 347 Anm. 2a; Müller a. a. O. Seite 28 ff.; Levy Diss. a. a. O. Seite 14. s. auch § 1624, II BGB.

Bei näherem Zusehen zeigt sich jedoch auch hier, daß die ausdrücklich ausgesprochene Regelung für den Fall eines arglistigen Verhaltens nicht im Widerspruch zu einem allgemeinen Grundsatz der Haftung für jede Schuld beim Vertragsschluß steht. Die Einzelbegründung verfolgt auch hier einen besonderen Zweck, der mit den eigentümlichen Verhältnissen eines auf unentgeltliche Leistungen gerichteten Vertrages zusammenhängt.

Mit Recht bejaht daher Oertmann die Folgerung eines allgemeinen Prinzips der Haftung für Vertragsschuld aus den §§ 523, I, 524, I, 600 BGB. Schenker und Verleiher würden im Falle eines Fehlens dieser Vorschriften den allgemeinen Haftungsbestimmungen unterliegen. Mit Rücksicht auf die Unentgeltlichkeit ihrer Leistungen gebieten derartige Gefälligkeitsgeschäfte eine mildere Haftung, die in den genannten Paragraphen ihren Ausdruck findet. Gemäß dieser Sonderbehandlung sind Schenker und Verleiher nur im Falle der Arglist dem allgemeinen Haftungsprinzip für Verschulden beim Vertragsschluß unterworfen.[10]) Dies bedeutet aber eine Abschwächung der Haftung; denn nach dem regelmäßigen Haftungsmaßstab würden Schenker und Verleiher auch für grobe Fahrlässigkeit haften.

Als verfehlt muß daher die Ansicht[12]) bezeichnet werden, die in den §§ 523, I, 524, I, 600 BGB. nicht eine Milderung der Haftung, sondern erst eine ausdrückliche Anordnung der Verantwortlichkeit erblickt.

Wenn die Motive[11]) den Standpunkt vertraten, der Schenker könne nicht für ein Recht, das er selbst nicht besitze, haftbar gemacht werden, er wolle sich vielmehr nur verpflichten, den Gegenstand ebenso, wie er ihn selbst habe, auf den Beschenkten zu übertragen, so ist daraus keineswegs zu entnehmen, daß sie das Bestehen eines allgemeinen Haftungsgrundsatzes verneinen wollten. Die §§ 523, I, 524, I und 600 BGB. regeln die Schadensersatzpflicht nur insoweit, als sie durch die Besonderheit des Schenkungs- oder Leihvertrages bedingt sind, lassen aber wie § 463 BGB. einen allgemeinen Haftungsgrundsatz unberührt.

Nachdem wir das Verhältnis der §§ 523, I 524, I und 600 BGB. zu einem allgemeinen Prinzip der Haftung für Vertragsschuld klargelegt haben, werden wir den Nachweis erbringen, daß jeder Versuch, aus diesen Vorschriften etwas über den Umfang der Schadensersatzverpflichtung zu folgern, als abwegig bezeichnet werden muß.

Man muß zugeben, daß berechtigte Zweifel am Platze gewesen wären, worauf denn die Haftung gehen solle, wenn sich das Gesetz nicht ausdrücklich in diesen Vorschriften für eine Haftung auf das Vertrauensinteresse ausgesprochen hätte. Im § 463 BGB. hat man sich für das positive, hier für das negative Vertragsinteresse entschieden. Und das mit Recht, denn eine solche Anordnung entspricht vollkommen dem Charakter eines Gefälligkeitsgeschäfts, bei dem eine Milderung der Haftung durchaus angebracht erscheint. In dieser Regelung haben wir

[10]) vgl. Mot. II. 297 § 444; Oertmann LZ. 14, Sp. 521. Crodel a. a. O. S. 25; Levy Diss. a. a. O. S. 21.

[11]) Mot. II. S. 296.

[12]) Ortner a. a. O. Seite 25; Unterhinninghofen a. a. O. Seite 50.

eine auf die besondere Natur des Gefälligkeitsgeschäfts zugeschnittene Spezialregelung zu sehen, daher liegt zu einer Verallgemeinerung dieser Regel kein Grund vor.

Im § 538 BGB. handelt es sich um eine in der Natur der Sache begründete besonders schwere Haftung zugunsten des Mieters. Der Mieter kann, ohne daß den Vermieter ein Verschulden zu treffen braucht,[13]) Schadensersatz wegen Nichterfüllung für einen Mangel der Mietsache verlangen, der bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war.

Das Gesetz spricht sich in diesem Falle klar für eine Mitteilungs-, Aufklärungs- oder Anzeigepflicht beim Vertragsschluß aus; denn der Anspruch aus dem § 538 BGB. steht dem Mieter nicht zu, wenn ihm der Fehler bekannt war (§ 539 BGB.).[14]) Wenn auch die Haftung kein Verschulden voraussetzt, so reiht sich § 538 BGB. sehr wohl als ein argumentum a maiore ad minus in die Klasse der Vorschriften ein, die besagen, daß Sorgfaltspflichten schon im Augenblick des Vertragsschlusses bestehen. Wenn im Falle des § 538 BGB. mit Rücksicht auf die Besonderheiten des Mietrechts eine Haftung gegeben wird, die über den Grundsatz der Verschuldenshaftung hinausgeht, so ist eine Haftung bei fahrlässig schuldhafter Verletzung in allen anderen Fällen wohl erst recht am Platze.

Im § 694 BGB. spricht sich das Gesetz besonders deutlich für den Rechtsgedanken der Haftung für Vertragsschuld aus.[15]) Hiernach ist der Hinterleger verpflichtet, wenn er bei der Hinterlegung die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache dem Verwahrer nicht angezeigt hat, den durch die Hinterlegung entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies auch dann, wenn er die Gefahr aus Fahrlässigkeit nicht kannte.

Eine Anzeige- und Untersuchungspflicht wird für den Augenblick des Vertragsschlusses vorgeschrieben. Hiermit soll jedoch nicht gesagt werden, daß diese Pflichten nur beim Vertragsabschluß bestehen. Als Pflichten, die dem Verwahrungsvertrage entspringen, „dauern sie als solche durch das ganze Vertragsverhältnis fort".[16]) Diese auch noch nach dem Abschluß des Vertrages bestehenden Sorgfaltspflichten schließen jedoch wiederum nicht aus, daß ihre Verletzung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sich als ein Verschulden beim Vertragsabschluß

[13]) RG. 52, 173.

[14]) Oertmann LZ. 14. 520; Leonhard, Verschulden S. 16; RGR. Komm. § 538 A. 1; Mot. II. 376.

[15]) v. Thur DJZ. 1901 Sp. 472; Allg. T. II. 1. Seite 490; Stoll LZ. 1923. 537; Oertmann LZ. 14, 521; JW. 19, 35; Oertmann Komm. § 694, 1; Leonhard, Verschulden S. 2 und 48; Planck-Siber Vorbem. § 245 ff. I. 4b; RGR. Komm. § 694, A. 1; Staub Komm. § 347 Anm. 2a; RG. 95, 60; Mot. II. S. 582: „Nur vom Standpunkt einer zu vertretenden culpa in contrahendo läßt sich die Verantwortlichkeit der Hinterleger für einen dem Verwahrer aus der Hinterlegung entstandenen Schaden begründen." vgl. auch oben § 3 Anm. 35. — a. A. Enneccerus 9.—11. Aufl. 1915. I. 2 § 266, II. Anm. 5; Warneyer Komm. § 694.

[16]) Crodel a. a. O. S. 9; vgl. auch Oertmann LZ. 14. 516; Unterhinninghofen a. a. O. Seite 39 Müller a. a. O. Seite 22; Levy Diss. a. a. O. Seite 14.

charakterisiert.[17]) Einmal muß die zeitliche Grenze gezogen werden, von wann an der Hinterleger für die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache einzustehen hat. Da sich die Verwahrung als ein Realvertrag darstellt, somit der Hinterleger nach Abschluß des Vertrages oft gar nicht mehr in der Lage sein wird, seiner Untersuchungspflicht nachkommen zu können, wird es verständlich, wenn das Gesetz eine Anzeige- und Untersuchungspflicht im Augenblick des Vertragsschlusses vorschreibt.[18])

Zu dem Umkehrschluß, daß die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, weil sie bei der Hinterlegung ausdrücklich ausgesprochen sei, in anderen Fällen, wo sie nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, entfalle, gibt meines Erachtens der § 694 ebensowenig Gelegenheit, wie die anderen Vorschriften, die wir herangezogen haben, um nachzuweisen, daß im BGB. für Verschulden beim Vertragsschluß gehaftet wird. Denn § 694 BGB. drückt die Haftung für schuldhaftes Verhalten beim Abschluß des Vertrages nicht mehr oder weniger ausdrücklich aus, als die anderen Vorschriften. Von einer ausdrücklichen Bejahung können wir nämlich nicht reden. Diese müßte heißen: Es wird für fahrlässiges und vorsätzliches schuldhaftes Verhalten beim Vertragsschluß gehaftet. Gäbe es keine andere Vorschrift neben § 694 BGB., die uns dazu berechtigte, den Gedanken der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß als dem BGB. nicht fremd anzusehen, so bestände allerdings Anlaß, die Beweisführung des Umkehrschlusses als stichhaltig zu bezeichnen. Da jedoch § 694 BGB. nicht allein diesen Gedanken zum Ausdruck bringt, so beweist diese Vorschrift auch nichts gegen diesen Grundsatz.

Die Verletzung einer beim Abschluß des Vertrages bestehenden Sorgfaltspflicht begründet ferner in den §§ 122, 179 und 307 BGB. eine Schadensersatzpflicht.[19]) Im § 122 BGB. knüpft sich die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens an die Anfechtung oder Nichtigkeit einer Willenserklärung. Im § 179 BGB. schließt der Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag im Namen eines angeblichen Auftraggebers ab. § 307 BGB. bestimmt, daß der Vertrag nichtig ist, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Für den Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, gilt gemäß § 309 BGB. ebenfalls Nichtigkeit.

Läßt sich jedoch aus diesen Vorschriften die Anerkennung eines allgemeinen Prinzips der Haftung für Vertragsschuld ableiten? Eine Vertragsschuld kann doch nur dann vorliegen, wenn ein gültiger Vertrag vorliegt. Eine vertragliche Haftung für ein Verschulden beim Vertragsabschluß setzt regelmäßig ein Vertragsverhältnis voraus. Dort, wo der Vertrag wegen ursprünglicher oder erst durch Anfechtung her-

---

[17]) a. A. Enneccerus 9.—11. Aufl. 1915. I. 2, § 266, III. Anm. 5.

[18]) Leonhard, Verschulden S. 30. s. auch Crodel a. a. O. Seite 10.

[19]) v. Thur Arch. Ziv. Pr. 121, 359; v. Thur Allg. T. II, 1, Seite 488, Anm. 192; Leonhard, Verschulden S. 58; Oertmann LZ. 14 Sp. 520; JW. 19. 35; Brecht in Iher. Jhb. 53, 282; Hedemann, Schuldrecht § 41, IV b S. 317; Levy JW. 1922 S. 1313. — RGR. Komm. § 276 Anm. 1; Planck-Siber Vorbem. zu §§ 275 ff. I. 4a bb; Staub Komm. § 347 Anm. 2 b; RG. 95, 60

vorgerufener Nichtigkeit nicht besteht, kann auch aus dem Gesichtspunkt eines Vertrages nicht gehaftet werden.[20])

Es erübrigt sich somit an dieser Stelle die Prüfung der Frage, ob der Haftung in den §§ 122 und 179. 307 BGB. das Verschuldensprinzip zugrunde liegt.[21]) Es genügt bereits die Feststellung, daß der Rechtsgrund der Haftung in diesen Vorschriften ein von dem Grundsatz der Haftung für Vertragsschuld verschiedener ist, um zu erkennen, daß sich aus diesen Vorschriften nicht ein allgemeines Prinzip der Haftung für Verschulden beim Abschluß eines gültigen Vertrages ableiten läßt.

Ist das Prinzip auch ein anderes, so wird man nicht leugnen können, daß diese Vorschriften ein argumentum a fortiori für eine Haftung für Vertragsschuld begründen. Bedarf es doch in diesen „rechtspolitisch wesentlich gleichartigen Fällen" [22]), in denen es lediglich äußerlich zum Abschluß eines Vertrages gekommen ist, nicht einmal der Gültigkeit des Vertrages, um eine Verpflichtung zum Schadensersatz zu begründen. Es wäre geradezu widersinnig, wenn die Haftung für eine verletzte Treupflicht im Stadium der Vertragsverhandlungen durch das Zustandekommen eines gültigen Vertrages beseitigt werden könnte.[23]),

Hiergegen wendet sich zu Unrecht Unterhinninghofen.[24]) Im Falle eines unwirksamen Vertrages sei eine ganz andere Stellungnahme gerechtfertigt als im Falle des wirksamen Vertrages. Bei einem wirksamen Vertrag sei der Käufer einmal von Gesetzes wegen schon gegen schuldhaftes Verhalten des Verkäufers ausgiebig gesichert. Was die Rechts- und Sachmängel anlange, so sei ihm der Anspruch auf die Leistung schlechthin gewährleistet und bei Arglist des Verkäufers seien ihm noch besondere gesetzliche Sicherheiten gegeben.

Ferner könne er, soweit ihm die gesetzlichen Sicherheiten nicht ausreichend erschienen, die Erreichung des vertragsmäßigen Zweckes durch Abreden sicherstellen.

Wir sahen jedoch bereits oben, daß der bloße Wortlaut des Gesetzes in vielen Fällen nicht imstande ist, den notwendigen Rechtsschutz

---

[20]) Mommsen, Erörterungen II S 5; Cosack Bd. I § 135, II. S. 342; Hammel a. a. O. S. 30 ff; Dernburg Pand. II, § 10 S. 11 Anm. 10; Thon Arch. f. zivil. Praxis 80, S. 96. vgl. auch Enneccerus 9.—11. Auflage 1915, § 266. 3. Anm. 4; Manigk, WE. und WG. Seite 499; Mot. I, 195: „Ob begrifflich die Haftung für culpa in contrahendo auf einen Eingriff in den fremden Rechtskreis, mithin auf eine unerlaubte Handlung oder auf die Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zurückzuführen sei, ist eine Konstruktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden darf." s. auch S. 217, 228; II. S. 745. Die italienischen Juristen Polacco und Coviello, s. Heldrich a. a. O. S. 44, vertreten gleichfalls den von uns eingenommenen Standpunkt: Nur dann könne die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß eine vertragliche sein, wenn ein gültiger Vertragsschluß zustandegekommen ist. a. A. Schönwald a. a. O. Seite 13; Heldrich a. a. O. S. 44.

[21]) s. unten § 9.

[22]) s. auch Oertmann LZ. 14. Sp. 520.

[23]) vgl. Oertmann LZ. 14. 516. s. dazu Unterhinninghofen a. a. O. S. 51.

[24]) a. a. O. S. 52.

zu gewähren.[25]) Was schließlich die Nebenabreden betrifft, so würde der Geschädigte nicht minder recht- und schutzlos dastehen, wenn sich das Verschulden des Vertragsgegners gerade in einer Verletzung von Sorgfaltspflichten bei den Verhandlungen der Parteien über diese zeigen würde.

Ueberblicken wir die gesetzlichen Bestimmungen, in denen für eine verletzte Sorgfaltspflicht beim Vertragsschluß gehaftet wird, so werden wir in dieser Wiederholung eine Gesetzmäßigkeit erkennen können. Hier handelt es sich nicht um eine zusammenhanglose Anzahl von Vorschriften, in denen lediglich der Zufall für die Begründung ein und derselben Verpflichtung bestimmend gewesen ist. Mit Recht werden wir auf Grund der mehrfachen Wiederholung ein und desselben Rechtssatzes auf die grundsätzliche Anerkennung eines dem geltenden Recht zugrundeliegenden höheren allgemeinen Prinzips schließen können.[26]) Es wäre in der Tat nicht zu verstehen, wenn deswegen weniger gehaftet werden sollte, weil ein Verschulden bereits beim Vertragsschluß vorliegt, „also noch länger und hartnäckiger" der Vertragszweck beeinträchtigt wird, als wenn dies erst nach Geschäftsabschluß geschehen wäre.[27])

Unrichtig ist die von Ortner[28]) vertretene Ansicht, gemäß Art. 55 EG. BGB. werde die Anwendung des Grundsatzes der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ausgeschlossen. Schönwald[29]) sucht Ortner durch die Feststellung zu widerlegen, Art. 55 EG. BGB. lasse nur die landesrechtlichen Gesetze außer Kraft treten, „alle diesen Gesetzen immanenten Gedanken" würden jedoch nicht aufgehoben. Die ratio des Art. 55 EG. BGB. verlangt jedoch unseres Erachtens auch die Außerkraftsetzung aller partikularrechtlichen Rechtsgedanken, soweit sich ihre Anerkennung nicht aus dem geltenden Recht herleiten läßt. Soll nicht „der Charakter der Kodifikation"[30]) gefährdet werden, welcher darin besteht, daß der ganze dem BGB. angehörige Rechtsstoff ausschließlich geregelt ist, so kann man nur der Meinung sein, daß auch jeder Rechtsgedanke, der nicht in den Bestimmungen des BGB. niedergelegt worden ist, sich nicht mit dem geltenden Recht verträgt. Erst dann, wenn sich ein landesrechtlicher Grundsatz im geltenden Recht widerspiegelt, kann mit Sicherheit angenommen werden, daß dieser Grundsatz dem geltenden Recht nicht widerspricht, und kein Grund besteht, seine Anwendung auf Grund des Art. 55 EG. BGB. auszuschließen.

Da die Haftung für Vertragsschuld sowohl in einzelnen Gesetzesvorschriften zum Gesetz erhoben worden ist, als auch als allgemeines Prinzip im geltenden Recht seine Bejahung gefunden hat, steht Art. 55 EG. BGB. einer Anwendung derselben nicht im Wege.

---

[25]) s. oben § 1; vgl. Leonhard, Verschulden S. 57.

[26]) Leonhard, Verschulden S. 48; Oertmann JW. 19. 25; Müller a. a. O. S. 42; RG. 95. 60; a. A. Unterhinnighofen a. a. O. S. 53 ff.; Ortner a. a. O. § 4 S. 31 ff.

[27]) Oertmann LZ. 14, 516.

[28]) Ortner a. a. O. S. 7.

[29]) Schönwald a. a. O. S. 19.

[30]) Mot. I. S. 8; vgl. Enneccerus, 25.—29. Aufl. 1. § 14, II, 3.

§ 5.

Die Anerkennung eines allgemeinen Prinzips der Haftung für Vertragsschuld haben wir festgestellt. Es ließen sich dafür drei wichtige Faktoren ins Feld führen: Billigkeit, Geschichte und Gesetzesbestimmungen des geltenden Rechts, in denen eine Haftung für Vertragsschuld den Inhalt des Ersatzanspruchs bildete. Jetzt wird es unsere Aufgabe sein, die Frage zu prüfen, welches der Rechtsgrund ist, der diesem Prinzip zugrunde liegt, woraus es sich rechtfertigt, daß bereits bei Eingehung des Vertrages Anzeige-, Untersuchungs-, Offenbarungs- und Erkundigungspflichten bestehen. „Diese Pflichten können nicht in der Luft hängen, es muß für sie eine allgemeine Grundlage geben, auf der sie beruhen und die im Einzelfalle erkennen läßt, wie weit sie reichen."[1])

I.

Sowohl in der Theorie als auch in der Praxis wird die Ansicht vertreten: „Die Vertragsverhandlungen müssen selbständig und gesondert von einem nachfolgenden Vertragsschluß behandelt werden, nur so könne man zu einer allen Fällen gerecht werdenden Konstruktion kommen."[2]) Bereits in der Eingehung von Vertragsverhandlungen soll ein vertragsähnliches Schuldverhältnis gesehen werden. Im Gegensatz zu einem Vorvertrage könne hier von einem stillschweigenden oder ausdrücklichen Vertragsschluß keine Rede sein. Auch bestehe bei dem vertragsähnlichen Schuldverhältnis noch keine Einigung über den abzuschließenden Vertrag. Dieser werde vielmehr erst durch den nachfolgenden Abschluß herbeigeführt.

Diese Rechtsfigur finden wir zum ersten Male in einer Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ. 78, 239 ff.)[3]). Tatbestand ist folgender: In einem Warenhaus war die kauflustige Klägerin bei der Vorlegung von Linoleumteppichen durch das Herabrollen einer Rolle verletzt worden. Der Gehilfe, den die Klägerin um die Vorlegung ersucht hatte, hatte hierbei schuldhaft verfahren. Zum Abschluß eines Kaufvertrages war es infolge der Erregung der Verletzten nicht gekommen.

Zur Begründung der Haftung des Geschäftsinhabers führt das Reichsgericht aus: „Antrag auf Vorlegung des Teppichs und Annahme des Antrags bezweckten die Hervorbringung eines Kaufes, also eines rechtsgeschäftlichen Erfolges. Das war kein bloß tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insofern rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und der Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teiles zu beobachten."

---

[1]) Stoll. LZ. 23. Sp. 543.

[2]) Schönwald a. a. O. Seite 28 ff; so auch Wüstendörfer a. a. O. Seite 16 ff.

[3]) Urt. v. 7. XII. 1911. 6. ZS.

Eine Rechtfertigung der Haftung für Vertragsschuld kann jedoch in dieser Lösung nicht gesehen werden.[4]) Allein der Rechtsbegriff „vertragsähnlich" muß zu den größten Bedenken Anlaß geben. Wir kennen nach geltendem Recht nur die Haftung aus Vertrag oder die Haftung aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis. Für eine Haftung aus einem dem Vertrage ähnlichen Schuldverhältnis ist kein Raum im BGB. Entweder wird aus Vertrag gehaftet, oder aus einem Schuldverhältnis, das vom Gesetzgeber ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien statuiert wird.

Der Begriff „vertragsähnlich" ist selbst derartig unklar, daß man allein im Interesse einer klaren, durchsichtigen Rechtsprechung wünschen möchte, er würde niemals Bestandteil der Jurisprudenz. Soll mit dem Wort „vertragsähnlich" gesagt werden, es läge so etwas wie ein Vertrag vor, das leztlich doch kein Vertrag wäre, oder soll die Haftung aus dem vorvertraglichen Verhältnis analog derjenigen aus Vertrag behandelt werden? Stoll spricht daher mit Recht von einer Notkonstruktion. „Man quäle sich ab, einen eigenartigen Vertragstypus, ein vertragsähnliches Gebilde festzustellen."[5]) Es gibt wohl eine Vertragsfreiheit, „aber keine Freiheit vertragsähnlicher Verhältnisse".[6]) Ein vertragsähnliches Schuldverhältnis ist ein juristisches Unding.

Auch die Berufung auf die sog. Lebensanschauungen geht fehl, denn es entspricht nicht der Ueberzeugung des Verkehrs, allein schon in dem Betreten eines Raumes oder in der Vorbereitung eines Vertragsverhältnisses die Begründung eines selbständigen vertraglichen Schuldverhältnisses zu sehen. In diesem Zeitpunkt wollen die Parteien noch gar nicht Vertragsgegner sein.

Entgegen der Ansicht des Reichsgerichts bemerkt v. Tuhr richtig, „daß die Vorlegung der Ware durch den Verkäufer nicht einen rechtsgeschäftlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg bezwecke, nämlich die psychologische Beeinflussung des Willens des Käufers".[7])

Die Verweisung des Reichsgerichts auf die Entscheidungen RGZ. 65, 17; 66, 402 geschieht meines Erachtens zu Unrecht; denn die Tatbestände dieser Entscheidungen gestatten allerdings die Annahme eines dem Hauptvertrag vorangehenden vorbereitenden Vertragsverhältnisses, während die Entscheidung in Bd. 78 S. 239 ff. dazu keinen Anlaß bietet.

Stellen wir uns nur einmal vor, ein ungeschickter Gehilfe der kauflustigen Auftraggeberin verursacht, bevor es zum Vertragsschluß gekommen ist, bei Besichtigung der Linoleumrollen in den Räumen des Verkäufers eine Verletzung des Geschäftsinhabers. Sollte auch in die-

---

[4]) so auch v. Thur Allg. T. II. 1. Seite 488, Anm. 189. Siber-Iher. J. 70. 259; Stoll LZ. 23 Sp. 539; Josef, Recht 1916 Sp. 473 ff.; Kiehl JW. 1914 S. 504; Eckstein Seuff. Bl. 1913, S. 285 ff.; Crodel a. a. O. Seite 28; Ortner a. a. O. S 70; RGRK. § 278 Anm. 3, Abs. III; vgl. auch Leonhard, Verschulden S. 19 a. E.; Oertmann Komm. Vorbem. § 145 ff. 7 b; Laband DJZ. 03. 262; Walsmann ZHR. 1921 Nr. 84 S. 219.

[5]) Stoll LZ. 23 Sp. 539.

[6]) Siber i. Iher. Jhb. 70, 259.

[7]) v. Thur Allg. T. II. 1 S. 488 Anm. 189.

sem Falle an eine Haftung der Auftraggeberin aus einem vorvertraglichen, vertragsähnlichen Schuldverhältnis gedacht werden?[8]) Ferner würde vielfach, wo nur fahrlässig die Einhaltung einer vom Gesetz vorgeschriebenen Form versäumt ist, auf dem Umwege über das vertragsähnliche Rechtsverhältnis das Gebot der Beachtung einer Form bedeutungslos werden.[9]) Es leuchtet ein, daß die reichsgerichtliche Entscheidung bei konsequenter Durchführung ihres Gedankenganges zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde.

Die Idee, man müsse regelmäßig dem Geschädigten einen Ersatzanspruch gewähren, wird ebenso oft zu einem billigen wie zu einem unbilligen Ergebnis führen. Die Berücksichtigung der Interessen beider Parteien darf nicht außer Acht gelassen werden. Ein erlittener Schaden kann ohne Schädigung des Ersatzpflichtigen nicht wieder gut gemacht werden. Aus diesem Grunde wird man in der Begründung von Ersatzpflichten sehr vorsichtig sein müssen und nur dort eine solche vornehmen, wo sie sich mit den Grundsätzen des geltenden Rechts vereinbaren läßt. „Die bloße Berufung auf angebliche Billigkeit reicht nicht dazu aus. Wann sie vorliegt, beurteilt sich in der Regel nur nach dem freien Ermessen des einzelnen, und wir kommen mit ihrer Anerkennung aus dem festen Gefüge der Gesetze schließlich in das Gebiet schrankenlosen Subjektivismus".[10]) Alle Versuche, diese Lösung zu festigen, müssen an der gekünstelten und lebensfremden Konstruktion scheitern. Wenn Siber in den Vertragsverhandlungen „einen namenlosen nur auf Begründung von Erhaltungspflichten gerichteten Vertrag" sieht,[11]) so entspricht eine solche Lösung ebensowenig den geltenden Grundsätzen des Rechts und der Verkehrsanschauung wie der Lösungsversuch des Reichsgerichts. Aus demselben Grunde ist die von Titze vertretene Ansicht abzulehnen. Nach ihm wird „nicht erst durch den Vertragsschluß, sondern in gewissem Umfange schon durch die Vertragsverhandlungen ein dem Verkehrsschutz dienendes bestimmte Diligenzpflichten erzeugendes Rechtsverhältnis begründet".[12]) v. Tuhr spricht von einem bereits bestehenden, wenn auch nicht durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen. „Die Parteien ständen sich schon mit Beginn der Verhandlungen nicht mehr als ganz fremde Personen gegenüber, für welche nur das Deliktsrecht gelten würde, sondern in einem Rechtsverhältnis, vermöge dessen sie gewisse Rücksicht aufeinander zu nehmen hätten".[13]) Stoll „sieht den entscheidenden Grund der Anerkennung der Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen in einzelnen Gesetzesvorschriften, wie als

[8]) s. auch Eckstein-Seuff Bl. 1013. S. 286; Crodel a. a. O. Seite 16.

[9]) s. Mot. I. S. 179; Planck-Siber Vorbem. zu § 275, I, 4 b; RG. 96, 315; 107, 358; JW. 1027, S. 2120.

[10]) Oertmann ArchZivPr. 121, 126.

[11]) Planck-Siber Vorbem. § 275 ff. 4c. S. 193.

[12]) Titze DJZ. 25. Sp. 491.

[13]) v. Thur ArchZPr. 121, 351; Allg. T. II. 1. S. 488, S. 607 Nr. 24; ds. auch Schönwald a. a. O. S. 28 ff. Gegen v. Thur-Walsmann ZHR. 84, 219, 1921.

allgemeines Prinzip in einem durch ein einseitiges Rechtsgeschäft (Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen oder Vertragsangebot) geschaffenen Schuldverhältnis“ [14]). Gegen die Ansicht von Stoll spricht allein schon die Tatsache, daß der Kreis der Rechtsgeschäfte, die durch einseitiges Rechtsgeschäft begründet werden können, ein geschlossener ist.[15])

Allen Bemühungen, die zur Begründung vorvertraglicher Pflichten ein dem Vertrage vorangehendes Schuldverhältnis mit vertragsähnlichen Wirkungen konstruieren, läßt sich mit Recht entgegenhalten, daß man ja dann von einem eigentlichen Verschulden beim Vertragsschluß gar nicht reden kann, sondern nur noch von einer Schuld bei Erfüllung. „Die Fälle des Verschuldens beim Vertragsschluß wären in Wirklichkeit Fälle des Verschuldens bei der Vertragserfüllung.“[16]) Diesem überzeugenden Argument Crodels kann man unseres Erachtens seine Zustimmung nicht versagen. Gegen die Konstruktion eines vertragsähnlichen Schuldverhältnisses im Stadium der Vertragsverhandlungen läßt sich schließlich noch der von Josef[17]) erhobene Einwand anführen, unter einem Schuldverhältnis könne man nur eine klagbare Obligation verstehen, dies ergäbe sich aus § 241 BGB.

Klagbar sind aber keineswegs Aufklärungs- und Mitteilungspflichten, ebensowenig wie die Pflicht zur Vorlegung von Waren.[18]) Von einer erzwingbaren Verbindlichkeit auf Grund eines Schuldverhältnisses kann nicht die Rede sein, denn in diesem Zeitpunkt liegt zwischen den Parteien noch kein Vertragsverhältnis vor.

Eine andere Ansicht[19]) sieht von der Konstruktion eines selbständigen vorvertraglichen Schuldverhältnisses ab und beruft sich zur Rechtfertigung der Haftung für schuldhaftes Verhalten beim Vertragsabschluß auf den das ganze Vertragsverhältnis beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben. Dieser lasse die rechtliche Anerkennung der vertraglichen Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß als unentbehrlich erscheinen. Billigkeit und Rücksicht auf die Verkehrssicherheit rechtfertigten die Haftung desjenigen, der Umstände, von denen er wisse oder sich sagen müsse, daß sie für den Willensentschluß von wesentlicher Bedeutung seien, fahrlässig verschwiegen oder darüber unrichtige Angaben gemacht habe.

Nicht der Vertrag, sondern lediglich der Grundsatz von Treu und Glauben soll den Rechtsgrund der Haftung bilden. Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß die Haftung trotz Fehlens eines gültigen Vertrages bejaht wird. Es entspräche allein der Billigkeit und den Erfordernissen der Verkehrssicherheit, denjenigen mit der Haftung für die Schadens-

[14]) Stoll JW. 1927. 1086. Nr. 4.

[15]) Crodel S. 43: „Das Ergebnis geht weit über die Bedürfnisse des Verkehrs hinaus“; s. ferner §§ 92, 637, 783, 794 BGB.

[16]) Crodel a. a. O. S. 28.

[17]) Josef Recht 1916 S. 474.

[18]) s. auch Fischbach a. a. O. S. 164.

[19]) RG. 104, 265 ff.; s. auch Staub § 347 Anm. 2c; Hedemann Schuldrecht S. 318.

folgen zu belasten, der sie auf Grund eines fahrlässigen Verhaltens hervorgerufen habe.[20]) Dieser Grundsatz sei bei ungültigen Verträgen ausdrücklich anerkannt, aber auch bei gültigen keineswegs unbekannt.[21])

Diese Begründung beweist gar nichts; denn in dem Augenblick, wo feststeht, daß der der Haftung bei ungültigen Verträgen zugrunde liegende Rechtsgrund keiner analogen Ausdehnung fähig ist und daß die Begründung eines selbständigen Haftungsgrundes aus § 242 BGB. sich allein nicht rechtfertigen läßt, muß die Ansicht, die den Rechtsgrund der Haftung nur auf den Grundsatz von Treu und Glauben stützt, als unzulänglich bezeichnet werden. Den Beweis, daß ein Analogieschluß zugunsten einer Haftung für Vertragsschuld aus den §§ 122, 179 und 307 BGB. nicht gefolgert werden kann, haben wir bereits oben erbracht.[22]) Was eine Rechtfertigung der Haftung aus § 242 BGB. betrifft, so schreibt diese Vorschrift lediglich vor, wie geleistet werden soll, ohne einen selbständigen vom Vertrag losgelösten Rechsgrund begründen zu können.

Das Gefühl für Billigkeit ist allzusehr äußeren Einflüssen ausgesetzt, als daß es einen zuverlässigen Maßstab für Recht und Unrecht abgeben könnte. Das ist der Vorzug und die Bedeutung eines geschriebenen Rechts, das nicht mehr dem Gefühl allein, sondern ein an das Gesetz gebundener, erprobter objektiver Rechtssatz die Entscheidung herbeiführt. Es ist daher falsch, sich zur Begründung von Sorgfaltspflichten beim Vertragsschluß lediglich auf den Grundsatz von Treu und Glauben zu berufen.[23])

Auch aus § 276 BGB. läßt sich kein selbständiger Verpflichtungsgrund ableiten.[24]) Dieser Versuch muß als abwegig bezeichnet werden; denn § 276 BGB. regelt lediglich die Frage, welches der Grad des Verschuldens ist, der die Parteien zum Einstehen verpflichtet, ohne etwas darüber zu sagen, welches der Rechtsgrund ist, der die Schadensersatzpflicht begründet.[25])

Gleichfalls halte ich es nicht für richtig, sich zur Rechttertigung einer Haftung für Vertragsschuld auf ein allgemeines Gebot „der Wahrnehmung fremder Interessen" zu berufen: „Die Haftung für Vertragsschuld habe ihren Rechtsgrund in der Verletzung einer Sorgfaltspflicht, in dem Uebergriff des Gebots: Wahrnehmung fremder Interessen".[26]) Dieser Gedanke mag die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß rechtspolitisch rechtfertigen, er vermag aber m. E. ebensowenig wie

[20]) RG. 104, 267; s. auch Hedemann a. a. O. S. 352.

[21]) RG. 95, 58.

[22]) vgl. oben § 4 S. 37, Anm. 20.

[23]) s. auch Schönwald a. a. O. S. 23 ff.

[24]) a. A. RG. 52, 19; 53, 201; Krückmann JherJhb. 59, 352; ders. JW. 20, 136; Woltersdorf a. a. O. S. 24 ff.

[25]) Enneccerus, 1927. I. 2 § 266, III; Leonhard, Verschulden S. 50; Brecht JherJ. 53, 282; Ortner a. a. O. S. 82; Paterna a. a. O. S. 32; Schönwald a. a. O. S. 26 ff.

[26]) Paterna a. a. O. S. 26.

eine bloße Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben den Haftungsgrund anzugeben.

Ferner reicht die Annahme eines Vertrauensverhältnisses[27]) nicht aus, um die Haftung für die Vertragsschuld zu rechtfertigen. Wann liegt ein solches vor, wann nicht? Diese Fragestellung allein zeigt, auf welch schwankenden Boden diese Begründung vorvertraglicher Pflichten steht. Bei einem Kundenverhältnis wäre man vielleicht geneigt, ein Vertrauensverhältnis anzuerkennen, aber wie Leonhard treffend sagt,[28]) muß auch dann gehaftet werden, wenn ein solches nicht vorliegt. In der Regel werden bei einem Kundenverhältnis die vertraglichen Beziehungen das Primäre sein, und das Vertrauensverhältnis das Sekundäre.[29])

Desgleichen muß auch dann gehaftet werden, wenn sich die Haftung nicht aus der Besonderheit einer beruflichen Tätigkeit herleiten läßt.[30]) Weder der besondere Charakter einer beruflichen Tätigkeit noch ein Vertrauensverhältnis sind imstande, einen selbständigen Verpflichtungsgrund abzugeben.

Auch in einer Berufung auf ein das ganze private und öffentliche Recht durchziehendes Prinzips des Rechtsscheins kann die Rechtfertigung der Haftung für Vertragsschuld nicht gesehen werden. Danach soll „der Schaden regelmäßig auf denjenigen abgewälzt werden, durch dessen Willen, Fahrlässigkeit oder Veranlassung der Schein entstanden oder stehen geblieben ist".[31]) Für den Eintritt der Haftung sei es gleichgültig, ob der Vertrag später zu einem gültigen Abschluß gelange. „Eine solche Haftung auch auf vertragsfreiem Gebiet entspräche allein den Bedürfnissen des Lebens und der inneren Logik".[32]) Wer durch sein schuldhaftes Verhalten beim Vertragsschluß für den Gegner einen Schein begründet habe, hafte dem Gegner, der in seinem Vertrauen auf den Schein des Rechts geschützt werden müsse.[33])

Dieser Gedanke, der in einigen Vorschriften des BGB. zum Ausdruck gebracht sein mag, rechtfertigt jedoch nicht die Annahme eines das ganze bürgerliche Recht beherrschenden allgemeinen Grundsatzes. Es muß zugegeben werden, daß der auf den Schein Vertrauende, „wenn er vom Besitzer, Grundbuchberechtigten oder Erbscheinsinhaber erworben hat, geschützt wird: er bekommt ein volles Recht, gleichsam als

[27]) RG. 88, 105; JW. 16, 116, 3; OLG. Hamburg Seuff. A. 163 S. 290; anders Staub 12./13. Aufl. 1926, § 347, Anm. 2a und RG. JW. 12, 743. 5; LZ. 25. 706; wo eine Haftung deswegen statuiert wird, weil ein gültiger Vertrag vorliegt und das zwischen den Parteien bestehende Vertrauensverhältnis eine Haftung um so mehr rechtfertigt.

[28]) Leonhard Verschulden S. 20; s. auch Paterna a. a. O. S. 28 ff.

[29]) vgl. Leonhard Verschulden a. a. O. S. 15; Crodel a. a. O. S. 26.

[30]) Alsberg, HoldheimsMschr. 06. S. 231 ff. leitet die Haftung des Bankiers aus seiner beruflichen Tätigkeit her.

[31]) Naendrup a. a. O. S. 7; vgl. Unterhinninghofen a. a. O. S. 54 ff.

[32]) Unterhinninghofen a. a. O. S. 74; vgl. auch S. 36. Levy JW. 1922, S. 33.

[33]) Unterhinninghofen a. a. O. S. 74.

ob er vom Berechtigten selbst erworben hätte".[34]) Diese Gesetzesbestimmungen tragen jedoch durchweg den Charakter von Sondervorschriften. Sie beziehen sich allein auf den Erwerb eines dinglichen Rechts und wurzeln, wie Unterhinninghofen richtig bemerkt, in der Gewere des deutschen Rechts.[35]) Aus dieser singulären Regelung läßt sich gerade umgekehrt folgern, daß die deutschen Rechtssprichwörter „Hand wahre Hand" und „Wo du deinen Glauben gelassen hast mußt du ihn suchen" nicht zum allgemein geltenden Rechtssatz erhoben worden sind und eine Verallgemeinerung des Rechtsscheinsprinzips im Widerspruch zu den Rechtssätzen des BGB. stehen würde.

Es erscheint mir bedenklich, sich zur Rechtfertigung des Rechtsscheinsprinzips auf die Vorschriften der §§ 122, 179, 307 und 407 BGB. zu berufen.[36]) Hier wird im Gegensatz zu den gesetzlichen Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb dinglicher Rechte nicht das Vertrauen auf den Schein einer dinglichen Berechtigung geschützt, sondern lediglich das Vertrauen auf das scheinbare Zustandekommen oder den scheinbaren Untergang eines obligatorischen Anspruchs. Der deutschrechtliche Grundsatz „Hand wahre Hand" spiegelt sich in diesen Vorschriften nicht wider, ihnen liegt ein anderer Rechtsgedanke zugrunde. Es geht nicht an, daß zur Begründung eines Haftungsgrundes in Einzelvorschriften Grundsätze hineinkonstruiert werden, die bei Entstehung derselben gar keine Rolle gespielt haben.

Gegen die Auffassung Naendrups mag noch bemerkt werden, daß sich schließlich alle Vorschriften auf ein ganz vages Prinzip zurückführen lassen. So wird nicht bestritten werden können, daß der Gedanke: Recht geht vor Unrecht stets das leitende Motiv bei der Schaffung der Normen des BGB. gewesen ist. Trotzdem werden wir es den Freirechtlern überlassen müssen, solange ein Gesetz die Grundlage unserer Rechtsprechung bildet, überall dort einen Anspruch zu geben, wo allein subjektives Ermessen eine Schadloshaltung für angebracht hält.[37])

Mit Recht wird daher von Manigk auf die unerträglichen Folgen hingewiesen, im Falle man das Rechtsscheinsprinzip ohne irgendwelche Einschränkungen zur Anwendung gelangen lasse. Erst dann rechtfertigt sich die Anwendung dieses Prinzips, wenn „legal noch weitere juristische Tatsachen hinzutreten, nur der kausal näher qualifizierte Schein genießt Publizität".[38])

[34]) Unterhinninghofen a. a. O. S. 55.

[35]) vgl. Jacobi a. a. O. S. 43.

[36]) a. A. Unterhinninghofen Seite 57 ff.; vgl. auch Naendrup a. a. O. S. 10 ff.

[37]) vgl. Manningk WE. u. WG. S. 640 Anm. 728. Ueber die Frage der Haftung aus § 794 BGB.: „Der Rechtsschein, den die Ausstellung nach sich zieht sei nicht der Rechtsgrund, der ohne Begebung des Papiers entstehenden Obligation. Ueber die sekundäre Frage der ratio derselben könne man freilich verschieden denken."

[38]) Manigk, Irrt. u. Ausleg. S. 259.

Nach alledem müssen wir es ablehnen, die Frage der Haftung für Vertragsschuld als einen Ausfluß des Rechtsscheinprinzips zu betrachten. Durch eine Zugrundelegung dieses Prinzips kommen wir einer Lösung der Frage nicht näher.

II.

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß die Anerkennung einer Haftung für Vertragsschuld sich nicht durch die Annahme eines selbständigen Rechtsgrundes rechtfertigen läßt, dessen Grundlage nicht ein Vertrag ist. Wir haben demnach zu prüfen, ob der Rechtsgrund in dem Vertrag gesehen werden kann, der das Ergebnis der zum Vertrag führenden Verhandlungen bildet.

Inhalt und Umfang einer Verbindlichkeit ergeben sich aus § 157 BGB.: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Oft werden die Vertragsparteien nicht alle Punkte erwogen haben, über die sie, wenn daran gedacht worden wäre, eine Abrede getroffen hätten. Bei Ausfüllung solcher Vertragslücken gibt das Gesetz an Hand dieser Vorschrift dem Richter die Möglichkeit, schöpferisch auf den Umfang des Vertrages einzuwirken. In diesen Fällen wird der Vertragsinhalt nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung ergänzt.[39]) Klar und deutlich reicht hier das Gesetz die Hand zur rechtlichen Würdigung eines Rechtsverhältnisses, ohne die in vielen Fällen eine Entscheidung, wie sie das Gebot der Gerechtigkeit fordert, nicht gewährleistet sein würde. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine Ergänzung des Vertragswillens der Parteien, sondern um „die Schaffung und Schöpfung dessen, was für den eingetretenen, nicht vorgesehenen Fall zwischen den Parteien rechtens sein soll".[40])

Auf Grund der Vorschrift des § 157 BGB. halte ich es für durchaus gerechtfertigt, auf das Bestehen von Pflichten zu schließen, „die nichts mit der rechtlichen Natur des Verhältnisses im engeren Sinne zu tun haben".[41]) Zum Vertragsinhalt gehört auch die Sorge für Leben, Gesundheit und Eigentum desjenigen, der sich einer Einrichtung seines Vertragsgegners bedient, deren Gebrauch gerade ihm als Vertragspartei offensteht. Folgt aus der tatsächlichen Gestaltung des Verhältnisses die Notwendigkeit der Benutzung einer solchen Einrichtung, so gehört es nach der Auffassung des redlichen und reellen Rechtsverkehrs zum Inhalt der Verbindlichkeit, für einen verkehrsmäßigen Zustand dieser Einrichtung Sorge zu tragen.[42])

An Hand einiger Beispiele möchte ich nachweisen, daß der Umfang einer Verbindlichkeit sich nicht lediglich auf die Erfüllung des

[39]) RGZ. 92, 320, 420; JW. 12, 190. 5 u. 742. 5.
[40]) RGZ. 92, 320.
[41]) RGZ. 78, 240; s. auch Planck-Siber Vorbem. §§ 275 ff. I. 4c S. 194.
[42]) S. auch RGZ. 55, 336; 73, 150. RG. 65, 17; RG. JW. 04, 358. 10; S. 484. 6; 13, 25. 10; WarnRspr. 08 Nr. 293 S. 209.

Vertragszwecks, sondern in der Tat auf alles das erstreckt, was in den Augen eines billig und gerecht denkenden Menschen aus der rechtlichen und tatsächlichen Gestaltung des Vertragsverhältnisses folgt.

Beim Werkvertrag hat der Besteller den Stoff zu liefern, die Leistung abzunehmen und zu vergüten; beim Dienstvertrag hat der Dienstherr den Lohn zu zahlen und für ordnungsgemäße Beschaffenheit der Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften zu sorgen, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat; Inhalt eines Frachtvertrages bildet auf der einen Seite die Verfrachtung, auf der anderen die Vergütung und die Ausstellung eines Frachtbriefes durch den Absender; der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen und die Sache zu übergeben.[43])

In den genannten Beispielen spricht es das Gesetz selbst aus, was zum Inhalt eines Vertrages gehört. Ohne ausdrückliche Regelung hätte sich der Umfang der Verbindlichkeit auf Grund des § 157 BGB. bestimmen lassen müssen.

Bestimmt § 157 BGB. den Vertragsinhalt, m. a. W., was der Schuldner zu leisten hat, so ergibt sich aus § 242 BGB., wie der Schuldner zu leisten hat.[44]) Er ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Mit diesem Grundsatz läßt sich jedoch ein Verhalten beim Vertragsabschluß nicht vereinbaren, das geeignet ist, ein Bewirken der Leistung im Sinne des § 242 BGB. zu vereiteln. Andernfalls würde der Schuldner bereits in diesem Zeitpunkt die Grundlage zu einer Schädigung des Gläubigers legen. Kommt der Gläubiger infolge dieses Verhaltens zu Schaden, so verstößt der Schuldner bereits im Zeitraum des Vertragsschlusses gegen den in § 242 BGB. ausgesprochenen Grundsatz. Wenn aber ein Verhalten beim Vertragsabschluß eine Vertragswidrigkeit statuieren kann, so ergibt sich daraus zwingend, daß schon in diesem Zeitpunkt Pflichten bestehen müssen, die dem Schuldner die Verpflichtung auferlegen, es nicht erst zur Vertragswidrigkeit kommen zu lassen.

Der Schuldner ist demnach bereits beim Vertragsschluß verpflichtet, jede Handlung und Unterlassung daraufhin zu prüfen, ob sie geeignet sind, auf die Leistung derart einzuwirken, daß diese nicht mehr so bewirkt werden kann, wie der § 242 BGB. es vorschreibt. Es werden also schon beim Abschluß eine Vertrages Sorgfaltspflichten geschuldet.[45])

[43]) Anders nach römischem Recht, wo Verpflichtungen, die nach moderner Auffassung zweifellos zum Inhalt des Vertrags gehören, dem Vertrag als selbständige Abrede eingefügt werden mußten; nach gemeinem Recht konnten sie auch nachträglich verabredet werden, ohne die Klagbarkeit einzubüßen. Bechmann a. a O. I. 2. 375 ff.; s. auch Planck-Siber Vorbem. §§ 275 ff. III. 4b.

[44]) RGRKomm. § 242 Anm. 1.

[45]) s. Klein, Anzeigepflicht III. 2. I. a) u. b) S. 102. RGZ. 95. 60.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß im Zeitraum der Vertragsverhandlungen ein „gesunder Egoismus“ [46]) durchaus gerechtfertigt erscheint. Die eigensüchtige Betätigung darf jedoch nicht soweit gehen, daß dadurch der Vertragszweck gefährdet wird.

Die den Parteien beim Vertragsschluß obliegenden Pflichten können gesehen werden in Aufklärungs-, Untersuchungs- oder Erkundigungspflichten, sie können sich aber auch auf die Sorge für Leben, Gesundheit und Eigentum erstrecken, denn wir haben gesehen, daß zum Inhalt einer Verbindlichkeit auch die Herrichtung einer ordnungsgemäßen räumlichen Anlage gehören kann.[47]) Wird der Vertrag trotz unzureichender Vorbereitungshandlungen herbeigeführt, so charakterisiert sich das Verhalten des unvorsichtigen Teils als ein Verschulden beim Vertragsschluß.

Es ist das allein Natürliche, die Schuld beim Vertragsschluß als die Grundlage der Schädigung anzusehen. Wollte man dagegen als ihre Grundlage ein Verschulden bei der Erfüllung bezeichnen, so würde dies, wie Leonhard nachgewiesen hat, zu einer äußerst gewundenen und praktisch unbefriedigenden Konstruktion führen

In überzeugender Weise führt Leonhard aus, daß ein anderer Zeitpunkt als der Vertragsschluß für die Erfüllung dieser Sorgfaltspflichten nicht in Frage kommt. Dies gilt sowohl für die Fälle, in denen Abschluß und Erfüllung zeitlich zusammenfallen, als auch für die Fälle, in denen der Abschluß der Erfüllung vorausgeht: „Der Vertrag ist nicht nur das zeitliche, sondern auch das sachliche prius, die Ursache des Schadens. Unnatürlich und verkehrt wäre es, den Schaden auf die Erfüllung zurückzuführen“.[48]) Doch wird es auch hier Grenzfälle geben, wo zwischen einem Verschulden bei der Erfüllung und einem solchen beim Vertragsschluß nicht genau wird geschieden werden können.[49])

Ihre Bestätigung findet die hier vertretene Ansicht in den Vorschriften des BGB., aus denen sich der Schluß auf ein allgemeines Prin-

[46]) Hedemann Schuldrecht S. 318; RGZ. 111, 234 a. E.

[47]) s. RG. 65, 17; 66, 402; 78, 240; a. A. Titze DJZ. 25 Sp. 491: „Alle Fälle, wo jemand zwar anläßlich eines Vertragsschlusses ein schuldhaftes Verhalten beobachtet, letzteres sich aber nicht auf die Vertragsverhandlungen bezieht und der andere Teil dann auch nicht in seiner Eigenschaft als Vertragsgegner schädigt, scheiden aus der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß aus.“ u. RG. 74, 125 ff.

[48]) Leonhard, Verschulden S. 27 ff.; v. Tuhr Allg. T. II. 1. S. 490; Brecht JherJhb. 53, 227; Schönwald a. a. O. S. 16. Nach den Ausführungen von Heldrich a. a. O. S. 44 begründen die italienischen Juristen Polacco und Coviello im Gegensatz zu unserer Ansicht die vertragliche Haftung für Schuld beim Vertragsschluß damit, „daß man sagt, in diesem Falle verwandele sich die ursprüngliche culpa in contrahendo in ein Erfüllungsverschulden mit seinen gewöhnlichen Folgen“. So auch Krückmann, JherJ. 59, 325, ff. u. 327: „Das Verschulden beim Vertragsschluß gehe in der nächsten Sekunde nach dem Vertragsschluß in ein Verschulden nach dem Vertragsschluß über.“ S. auch oben § 1 Anm. 2.

[49]) Fischbach a. a. O. S. 164; Leonhard Haftung S. 50; s. auch Titze DJZ. 25, 490.

zip der Haftung für Vertragsschuld rechtfertigen ließ. In den genannten Bestimmungen wird regelmäßig für eine während der Vertragsverhandlungen verletzte Sorgfaltspflicht gehaftet. Es zeigt sich deutlich, daß der Vertrag nicht allein für die Zukunft rechtsbegründend wirkt, sondern bereits zur Zeit des Vertragsschlusses die Parteien zur Beachtung eines vertragsgemäßen Verhaltens verpflichtet.

Dem widerspricht auch nicht der § 242 BGB. Denn diese Vorschrift regelt nur die Art, wie die Leistung bewirkt werden soll, ohne etwas darüber zu sagen, ob bereits im Stadium des Vertragsschlusses von einem „Schuldner" die Rede sein kann. „Der § 242 BGB. betont nur eine Seite des allgemein gültigen Grundsatzes, daß jeder, der mit einem anderen in rechtliche Beziehungen tritt, sein Handeln mit den Erfordernissen von Treu und Glauben in Einklang zu bringen hat".[50]) Ergab sich aus dieser Regel mit zwingender Notwendigkeit das Bestehen vorvertraglicher Pflichten im Zeitraum der Vertragsverhandlungen, so kann diese Vorschrift unmöglich zugleich ein Argument gegen ihre Anerkennung sein. Zeigt nicht unsere Begründung klar und ungezwungen, daß das Verhalten der Parteien bereits beim Abschluß eines gültigen Rechtsgeschäftes unter dem Gesichtspunkt einer vertraglichen Verbindlichkeit rechtlich zu bewerten ist? „Die für die Verhandlungen maßgebenden Pflichten sind zu den Vertragspflichten zu rechnen; es besteht kein zureichender innerer Grund, beide hinsichtlich ihrer Wirkung verschieden zu gestalten. Treu und Glauben sowie die Bedürfnisse des redlichen Geschäftsverkehrs erfordern es, daß eine Vertragspartei nicht bloß verpflichtet ist, der anderen die für deren Willensentschluß bedeutsamen Tatsachen zu offenbaren, sondern weiterhin, daß sie auch für die schuldhafte Verheimlichung einzustehen hat." Zu diesem Resultat kommt das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 26. 4. 1912 (3. ZS.).[51]) Den Weg, den das Reichsgericht zur Begründung einer vertraglichen Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß beschreitet, ist zwar von dem hier eingeschlagenen verschieden.

„Es ist kein stichhaltiger Grund erkennbar, weshalb die Vertragsparteien beim Vertragsabschluß einander zu einer geringeren Sorgfalt verpflichtet sein sollten als nach Vertragsabschluß. Der Vertragsabschluß und die Vertragserfüllung bilden ein einheitliches Ganzes."[52])

Daß es neben der Erfüllungspflicht noch andere Vertragspflichten gibt, kann nach der von Staub begründeten Lehre von der positiven Vertragsverletzung keinem berechtigten Zweifel unterliegen.

Der Kern dieser Lehre wurzelt m. E. in dem gleichen Rechtssatz, der uns zur Anerkennung von Pflichten beim Vertragsschluß bestimmt hat. Die Vertragspflichten beschränken sich nicht lediglich auf die Be-

[50]) Müller a. a. O. S. 45.

[51]) JW. 1912. 743. 5.

[52]) Urt. v. 24. IX. 1918 (7. ZS.). RGZ. 95, 60.

[53]) Enneccerus, 1927. I. 2. § 268. II. 3: „Zur Erfüllung gehört aber nicht nur die die Verpflichtung völlig auslösende Schlußhandlung, sondern das gesamte dem Schuldner kraft seiner Verpflichtung obliegende Verhalten." S. auch WarnRspr. 08, Nr. 293.

achtung eines vertragsmäßigen Verhaltens bei der Erfüllung. Nach § 242 BGB. muß das Verhalten des Schuldners in bezug auf den gesamten Vertragsinhalt stets im Einklang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben stehen. Würde sich die Vorschrift des § 242 BGB. nur auf die Erfüllung beziehen, so wäre es wohl das Gegebene gewesen, dem Schuldner die Verpflichtung aufzuerlegen, so zu „erfüllen", wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. § 242 BGB. spricht jedoch ausdrücklich von einer „Leistung", und unter Leistung verstehen wir eben die Summe der Pflichten, denen der Schuldner nachzukommen hat.[53]) Aus dem Vertrage fließt sowohl die Pflicht, vertragsgemäß zu erfüllen als auch die Pflicht, eine positive Vertragsverletzung sowie ein Verschulden beim Vertragsschluß zu vermeiden. In vielen Fällen wird sogar die Entscheidung, ob eine positive Vertragsverletzung oder ein Verschulden beim Vertragsschluß vorliegt, kaum zu treffen sein, denn die Grenzen sind, gerade was diese beiden Rechtsbegriffe anlangt, sehr flüssig und eine Verwandtschaft zwischen beiden unverkennbar.[54])

Es ergibt sich aus der vorgetragenen Begründung von selbst, daß es eines gültigen Vertragsschlusses bedarf, um ein vorvertragliches Verhalten als Vertragsverletzung bezeichnen zu können. Daher ist die von Stoll aufgestellte Alternative nicht richtig: Entweder gäbe es besondere Rechtspflichten gegenüber dem anderen Teil schon vor Vorvertragsabschluß — dann müßten sie auch ohne ihn gelten, oder aber es entständen die Rechtspflichten erst durch den Vertragsabschluß — dann könnten sie auch nicht vor, sondern erst mit diesem wirksam werden.[55])

Unsere Ausführungen lassen erkenen, daß die Parteien schon beim Abschluß eines gültigen Rechtsgeschäfts ein vertragsgemäßes Verhalten beobachten müssen, diese Pflicht jedoch erst auf Grund des nachfolgenden Vertragsabschlusses Gegenstand rechtlicher Bewertung werden kann. Es kann nicht die Rede davon sein, daß diese Pflicht unabhängig von einem gültigen Vertragsabschluß in dem Sinne wirksam wird, als sie ohne Rücksicht auf ihn rechtliche Bedeutung erlangt. Gerade die Herbeiführung des Vertrages auf Grund unzulänglicher Vorbereitungshandlungen ist ja das Verschulden beim Abschluß des Vertrages.[56]) Erst der gültige Vertragsschluß ist es, der dem schuldhaften Verhalten beim Vertragsabschluß den Stempel der Vertragswidrigkeit aufdrückt, „dadurch, daß der Vertrag zustandekommt, erwächst eine Verpflichtung der Parteien, für ihr Verhalten einzustehen",[57]) d. h. der rechts-

[54]) Richter JW. 21. 664; Hedemann, Schuldrecht S. 319; vgl. auch Leonhard Verschulden S. 50.

[55]) Stoll. LZ. 23 Sp. 543.

[56]) Wüstendörfer a. a. O. S. 18; Oertmann LZ. 14, 516; v. Tuhr Allg. T. II. 1. S. 490.

[57]) Leonhard, Verschulden S. 58; ebenso Regelsberger JherJ. 58, 172; Wüstendörfer a. a. O. S. 19; Paterna a. a. O. S. 34; Richter JW. 64, 664; Biermann a. a. O. S. 249; Rehbein Bd. I, S. 192; Siméon-David I, S. 293; Cosack Bd. I, § 135, I u. II; Lindemann-Soergel Komm. § 276, I, 5; Warneyer Komm. § 276, V.; RGZ. 95, 60; 103, 50; RG. JW. 12, 743. 5;

wirksam abgeschlossene Vertrag bildet den Rechtsgrund der Haftung für Vertragsschuld.

Daß diese Folgerungen keineswegs auf einem Trugschluß beruhen, dafür sprechen sowohl Geschichte als auch die zahlreichen Vorschriften, in denen das Prinzip mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck gebracht worden ist.

Das Verschulden beim Vertragsabschluß ist es, welches den Gegenstand unserer Betrachtung bildet. Ungenau ist es, von einer Haftung für schuldhaftes Verhalten vor dem Vertragsschluß zu reden.[58]) Der Vertragsschluß beginnt erst mit der Einleitung der Vorverhandlungen, vorher stehen sich die Parteien als fremde gegenüber. Daß die Vertragsverhandlungen eine Einheit bilden, geht aus § 133 BGB. hervor. Denn bei der Ermittelung des Willens ist der Gesamttatbestand der Verhandlungen zu berücksichtigen.[59]) „Die zum Vertrag führenden Verhandlungen und der Abschluß des Vertrages bilden ein einheitliches Ganzes."[60]) Die Erscheinung, daß das Verhalten der Parteien bei den Vertragsverhandlungen erst nach Geschäftsabschluß einer juristischen Bewertung unterliegt, ist also gar nichts neues.

§ 6.

Auf Grund eines Analogieschlusses entwickelt man eine Schadensersatzpflicht für positive Vertragsverletzungen. Der Grund, der an das schuldhafte Unmöglichmachen der Leistung (§ 280 BGB.) und an die schuldhafte Verzögerung (§ 286 BGB.), eine Ersatzpflicht knüpfe, treffe auch für die positive Forderungsverletzung zu. Denn hier wie dort handele es sich um eine schuldhafte Verletzung der Forderung, „sie müsse also gleichfalls eine Schadensersatzpflicht erzeugen, zumal diese überhaupt als die normale und Hauptfolge des schuldhaften Verhaltens betrachtet werden muß".[1]) Da es sich bei einer Verletzung von Pflichten beim Vertragsabschluß um nichts anderes handelt, als um eine schuldhafte Verletzung von Pflichten, die dem Vertrag entspringen, erscheint es gerechtfertigt, diesen allgemeinen Grundsatz auch bei der Verletzung von Forderungspflichten beim Vertragsschluß anzuwenden.

Ein Analogieschluß läßt ferner erkennen, worauf die Schadensersatzpflicht gerichtet ist. Wird eine Forderungspflicht verletzt, so geht der Ersatzanspruch regelmäßig auf das positive Vertragsinteresse. Eine Vertragswidrigkeit beim Vertragsschluß erzeugt demnach hier wie in

RG. WarnE. 08 Nr. 293 S. 200; RG. Recht 22 Nr. 26 legen ausgrücklich Gewicht auf die Gültigkeit des Vertrages. Auch in den folgend. RGEntscheidungen, die von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschl. handeln, liegt der Haftung stets ein gültiges Schuldverhältnis zugrunde. RG. 42, 131; 93, 165; 97, 327; 103, 50; 107, 243; 108, 410; JW. 15, 240, 3; 577, 10; Seuff. A. 74 Nr. 164. 2; Seuff. A. 78 Nr. 7; Seuff. A. 70 Nr. 60; HansGZ. Hauptbl. 1916 Nr. 3. 9.

[58]) Oertmann LZ. 14. 116.

[59]) s. auch Manigk WE. u. WG. S. 158.

[60]) JW. 12. 743. 5.

[1]) Enneccerus, Aufl. 1927. I. 2, § 279, II, 1b.

allen Fällen einer Verletzung von Forderungspflichten einen Schadensersatzanspruch, der auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet ist.[2])

Dem widersprechen auch nicht die Vorschriften der §§ 463, 523, 524 und 600 BGB. In § 463 BGB. knüpft sich zwar die Schadensersatzpflicht auf das positive Vertragsinteresse an ein arglistiges Verhalten beim Vertragsabschluß, doch wir sahen bereits, daß diese Vorschrift nur aus der Besonderheit ihrer Stellung heraus verständlich war und jede Folgerung aus ihr über die grundsätzliche Frage des Umfanges des zu ersetzenden Schadens völlig verfehlt wäre.

Ebensowenig waren die §§ 523, 524 und 600 BGB. geeignet, eine Antwort auf diese Frage zu geben; denn die Eigenheiten eines unentgeltlichen Geschäfts können nicht die Grundlage für die Lösung einer allgemeingültigen Regel bilden.

Alle Bedenken mit Rücksicht auf ein befriedigendes Ergebnis entfallen, denn unbillige Härten werden durch die Zubilligung des positiven Vertragsinteresses nicht geschaffen. Solche würden sich allerdings nicht vermeiden lassen, wenn auch dort das Erfüllungsinteresse zugebilligt würde, wo es nicht zum Abschluß eines gültigen Vertrages gekommen ist. Grundsätzlich rechtfertigt die Lehre von der Vertragsschuld eine Haftung, aber nur dort, wo es zum Abschluß eines rechtswirksamen Vertrages gekommen ist.

Diesem Gedankengang hat sich auch das Reichsgericht nicht verschlossen.[3]) Mit abschließender Entschiedenheit hat es sich jedoch weder für das positive noch das negative Vertragsinteresse ausgesprochen.[4])

Erwähnung verdient insbesondere das Urteil vom 27. Januar 1920 (7. ZS.)[5]), in welchem das Reichsgericht ausdrücklich sagt, daß für den Fall des Zustandekommens des Vertrages das positive Vertragsinteresse verlangt werden könne. Anders liege es, wenn kein rechtswirksames Rechtsgeschäft zustande gekommen sei, dann sei nur das negative Vertragsinteresse zuzubilligen.

[2]) Leonhard, Verschulden; Regelsberger JherJhb. 58, 172; Wüstendörfer a. a. O. S. 19; Paterna a. a. O. S. 42; Woltersdorf a. a. O. S. 30 ff.; Warneyer Komm. § 276, V; Staub Komm. § 347 Anm. 2b. Stoll JW. 27. 1096 ff.: Umfang der Ersatzpflicht bemesse sich nach dem allgemeinen Grundsatz des § 249 BGB., wodurch der doch bisweilen mehr terminologische Streit, ob das positive Erfüllungsinteresse oder der sog. Vertrauensschaden zu ersetzen sei, sich erübrigt. So auch RGRKomm. § 276 Anm. 1; Lindemann-Soergel Komm. § 276 Anm. 1. 5; Müller a. a. O. Seite 65; Crodel a. a. O. Seite 56; JW. 27. 1086. 4 und auch RG. 103, 51; vgl. ferner R. Leonhard Bank A. 5. Jhg. 1905/6 Seite 153 ff. a. A.: Oertmann LZ. 14, Sp. 519; Krückmann JhJ. 59, 326; Titze DJZ. 25, 491; Levy JW. 22, 1313; v. Tuhr Allgem. T. II, 1. 490; Enneccerus, 1927, I, 2 § 266, III, a. 4; Planck - Siber § 275 ff. Vorb. I. 4d; Schönwald a. a. O. S. 51 ff.; Heldrich a. a. O. S. 54.

[3]) RG. JW. 12. 743. 5; RG. 95, 60; 97, 327, 339; 107, 362. Auch nicht RG. 103, 50, wie irrtümlicherweise angenommen wird.

[4]) Oertmann JW., 19. 35. a. A.: Schönwald a. a. O. S. 5 ff.

[5]) RG. SeuffA. 75, 213 Nr. 124.

Es mag nur noch festgestelt werden, daß wir unabhängig von der byzantinischen Regelung zu dem gleichen Ergebnis gekommen sind, dem Geschädigten das positive Vertragsinteresse zuzubilligen. Wir sehen darin ein weiteres Argument für die Richtigkeit unserer Auffassung. Mit welchem Recht man uns unserem Gedankengang als einer „unglücklichen Idee“ [6]) sprechen darf, erscheint sehr zweifelhaft. Uns kommt es vor allem darauf an, daß das Ergebnis in Einklang mit der Billigkeit steht und den Grundsätzen des geltenden Rechts entspricht.

§ 7.

Nach § 276 BGB. hat der Schuldner, soweit nichts anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Da wir gesehen haben, daß die Parteien bereits beim Vertragsschluß Sorgfaltspflichten schulden, und für ihre Verletzung aus Vertrag haften, erscheint es gerechtfertigt, eine entsprechende Anwendung des § 276 BGB. auf das Stadium der Vertragsverhandlungen zu bejahen. Demnach haben die Parteien, was den Umfang der Vertretungspflicht anlangt, im Zweifel für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen.[1]) Was wegen des bei der Erfüllung des Vertrags zu vertretenden Grades der Schuld rechtens ist, gilt auch für den Fall, daß einer der Kontrahenten beim Abschluß des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat (ALR. I. 5 § 284).

Mit dem gleichen Recht werden wir die Vorschrift des § 254 BGB. auf die Haftung für Vertragschuld analog anwenden.[2]) Eine solche Ausdehnung rechtfertigt sich umsomehr, als längst anerkannt ist, daß die Anwendung dieser Vorschrift sich nicht nur auf ein Vertragsverhältnis beschränkt, sondern auch dort einen Ersatzanspruch des Geschädigten mindert, wo eine außervertragliche Haftung den Anspruch begründet.[3]) Wo immer ein Anspruch gegeben ist, da kommt es dem Ersatzpflichtigen zugute, wenn den Gegner auch ein Verschulden trifft.

Auf die Frage, wie sich die Parteien beim Vertragsschluß zu verhalten haben, wird uns gleichfalls ein Analogieschluß die Antwort geben. Haben wir einmal anerkannt, daß vorvertragliche Pflichten bestehen, „so wäre es widersinnnig und würde dem Grundsatz von Treu und

[6]) Heldrich a. a. O. S. 54.

[1]) Leonhard Verschulden S. 48, 65; Fuchs a. a. O. S. 129; Oertmann LZ 14, 519, JW. 19, 35; Regelsberger JherJ. 58, 172; Staudinger Komm. § 276 I; Warneyer Komm. § 276, V; Planck-Siber Vorbem. § 275 IV. e; RG. 95 60; 97, 327; 114, 160; JW. 12, 743. 5 lehnen es ausdrücklich ab, daß die Anwendung des § 276 BGB. ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt. Logischerweise müssen alle Autoren und Entscheidungen zu diesem Ergebnis kommen, soweit sie überhaupt eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bejahen. Ablehnend Ortner a. a. O. S. 28 und einige ältere Entscheidungen: RG. 61, 213; 88, 105; Recht 07, Nr. 3083; 10 Nr. 2789; 08, Nr. 3232 JW. 08, 657. 5; 09, 684, 3; 1910. 749, 5; 16, 116. 3.

[2]) Enneccerus 1927 § 266. III. 5; Richter JW. 21. 665; Staudinger Komm. § 254 Anm. 2a; Oertmann Komm. § 254, 3; RGRKomm. § 254, 4 RG. 97, 339; 104, 268; 114, 160.

[3]) Planck-Siber § 254 A 1; Schönwald a. a. O. S. 55.

Glauben selbst am meisten widersprechen, wollte man seine Geltung für das Stadium der Vertragsverhandlungen leugnen, indem man § 242 BGB. nicht für entsprechend anwendbar erklärt".[4]) Wobei jedoch nicht außer acht gelassen werden darf, daß die widerstreitenden Interessen im Zeitraum der Vertragsverhandlungen in erhöhtem Maße aufeinanderstoßen und eine Offenbarung aller für den Willensentschluß bestimmenden Tatsachen niemals verlangt werden kann. Mit Recht spricht man von dem Schuldrecht als dem „Recht des egoistischen Verkehrs"[5]). Wann die Beteiligten im einzelnen Falle gegen Treu und Glauben verstoßen haben, richtet sich ganz nach der Verkehrssitte.

Aus der vertraglichen Natur der Haftung für Vertragsschluß folgt ferner die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 278 BGB. Hier wie bei der Erfüllung handelt es sich um nichts anderes als um ein Einstehen für Pflichten, die aus dem Schuldverhältnis fließen. Deshalb haftet der Geschäftsherr für eine Hilfsperson, wenn diese beim Abschluß des Vertrages schuldhaft vorvertragliche Pflichten verletzt hat.[6])

Was die Frage der Beweislast anlangt, so schließen wir uns dem von Leonhard aufgestellten Satz an, daß dem Kläger die Beweislast bezüglich der Voraussetzungen eines Anspruchs trifft.[7]) Er hat demnach die Gültigkeit des Vertrages, die Schuld, den Kausalzusammenhang und den Schaden zu beweisen; denn alle diese Voraussetzungen gehören zu den Entstehungsursachen seines Anspruches, deren Vorliegen vom Kläger bewiesen werden muß.

Schließlich ergibt sich aus der Beschaffenheit des Anspruchs, daß derselbe erst nach 30 Jahren verjährt.[8]) Dieser Satz wird durchbrochen, soweit die Schädigung beim Abschluß eines Kaufvertrages auf einem Sachmangel beruht.[9]) In diesem Falle erscheint es gerechtfertigt, im Einklang mit der gesetzgeberischen ratio des § 477 des BGB. die kurze Verjährungsfrist von 6 Monaten anzunehmen.

Konkurrieren ein Anspruch aus dem Währschaftsrecht und ein Anspruch aus Vertragsschuld, so geht die speziellere Regelung vor; also die Haftung aus dem Gewährleistungsrecht. „Die Haftung für Vertragsschuld tritt nicht anstelle, sondern neben die anderen Ansprüche."[10])

---

[4]) Müller a. a. O. S. 45; so auch Enneccerus 1927, I, 2 § 266. 3; Paterna a. a. O. S. 37; RG. 95, 60; 97, 327; s. oben § 5 S. 58 Anm. 46.

[5]) Hedemann Schuldrecht S. 5.

[6]) Leonhard Verschulden S. 48, 45; Fuchs a. a. O. S. 129; v. Tuhr Allg. T. II. 1 S. 490; ArchZPr. 121, 359; Rehbein I S. 257; Enneccerus Aufl. 1927, I, 2 § 266 III, Anm. 5; Staub Komm. § 347 Anm. 2b; WarnKomm. § 278, IV; Schönwald a. a. O. S. 55; Müller a. a. O. S. 55; RG. 78, 239; 103, 50; 114, 160; JW. 15, 240. 3; 577, 10; 27, 1086. 4.

[7]) Leonhard, Verschulden S. 67; Beweislast, 1926. S. 327; 1904 S. 364 u. 399; Paterna S. 45 ff.

[8]) Leonhard, Verschulden S. 67; v. Thur Allg. T. II, 1, S. 490; ArchZivPr. 121, 359; Crodel S. 58; Paterna S. 46 ff.; Schönwald a. a. O. S. 54.

[9]) Leonhard, Verschulden S. 67—69. a. A. Krückmann JherJhb. 59. 333.

[10]) Oertmann LZ. 14, Sp. 524; vgl. auch Leonhard, Verschulden S. 66; Paterna S. 48; RGSA. 78, 15, Nr. 7.

Zweiter Teil.

§ 8.

Die vorgehenden Erörterungen haben gezeigt, daß der Rechtsgrund einer Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nicht in einem allein durch Vertragsverhandlungen begründeten Schuldverhältnis gesehen werden kann. Für die Rechtfertigung einer Haftung für Verschulden beim Abschluß eines rechtsunwirksamen Vertrages käme also nur noch ein Analogieschluß in Frage. Wir wollen uns daher nunmehr mit dem Problem beschäftigen, ob sich aus der gleichartigen Verpflichtung, die das Gesetz in den §§ 122, 179 und 307 BGB. statuiert, ein einheitliches, der analogen Ausdehnung fähiges Prinzip ableiten läßt.

Um jede Verwechslung mit der Lehre Leonhards von der Haftung für Vertragsschuld auszuschließen, möchte ich hier nochmals betonen, daß letzteres Prinzip als eine im Rahmen des Verschuldensprinzips begründete vertragliche Haftung ausnahmslos das Bestehen eines gültigen Vertrages und das Vorliegen von Verschulden voraussetzt, während die Schadensersatzverpflichtung in den §§ 122, 179 und 307 BGB. auf die Jheringsche Lehre von der Haftung für culpa in contrahendo zurückgeht, „die sich gerade umgekehrt auf ungültige Verträge bezieht".[1])

Zur Begründung seiner Lehre beruft sich Ihering auf die Digestenstellen D. 11, 7, 8, 1; D. 18, 1, 62, 1; D. 18, 4, 8.[2]) In sämtlichen Fällen ist das Tatbestandsmerkmal des äußeren Vertragsabschlusses erfüllt. Der Vertrag ist zwar nichtig, einmal weil es sich um eine res extra commercium handelt, das andere Mal, weil der Abschluß über eine res non existens erfolgt ist. Für die Nichtigkeit sprechen zahlreiche Belege aus den Quellen.[3])

„Der Umstand, daß der Kontrakt juristisch gar nicht zustandegekommen ist, würde uns, wie es scheint, mit Notwendigkeit auf das Gebiet der außerkontraktlichen Beschädigung verweisen, und insofern wir die Klage nicht als eine juristische Irregularität völlig isoliert und ungeklärt dastehen lassen wollen, würden wir nur die Wahl haben, sie an die actio de dolo oder an die actio legis Acquiliae anzuschließen."[4])

Einzusehen, daß ein solcher Anschluß keineswegs eine glückliche Lösung des Problems bedeuten würde, erscheint nicht so schwierig, dagegen wird die Begründung eines selbständigen Verpflichtungsgrundes mit den größten Schwierigkeiten verbunden sein. Zu diesem Zweck beruft sich Ihering auf das genannte Quellenmaterial und glaubt hierin eine Stütze für seine Lehre gefunden zu haben. Eine Kontraktsklage

[1]) Leonhard, Verschulden S. 58; s. auch oben Einl. S. 2.
[2]) JherJ. 4. 9 ff.
[3]) vgl. Fritsch a. a. O. S. 9 ff.; Hammel S. 12.
[4]) Jhering i. JherJ. 4, 23 u. 24.

finde ihre volle Bestätigung von seiten der römischen Jurisprudenz in der Gewährung einer actio empti.[4a]) Es handelt sich um Mod. D. 18, 1, 62, 1: Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

Hierzu bemerkt Heldrich treffend[4b]): „Daß nun Modestin auf den Gedanken gekommen wäre, trotz Nichtigkeit des Kaufes eine actio empti zu geben, erscheint bei der Engherzigkeit, mit der die Klassiker selbst bei gültigen Verträgen von der bona fides Gebrauch machten, so gut wie ausgeschlossen. Zur Gewißheit wird diese Vermutung, wenn man die in D. 11, 7, 8, 1 getroffene Entscheidung heranzieht. Wäre nämlich die actio empti bei nichtigen Kaufverträgen den Klassikern schon geläufig gewesen, dann wäre es den Kompilatoren niemals in den Sinn gekommen, in D. 11, 7, 8, 1 gegen den Verkäufer eine actio in factum zu geben. Daraus, daß sie trotz des veränderten Tatbestandes die actio in factum stehen ließen, und sich auf die Bemerkung beschränkten, daß diese actio in factum gleichsam die Funktion der actio empti erfülle, folgt vielmehr, daß sie sich im Gebrauch der actio empti bei nichtigen Kaufverträgen selbst noch recht unsicher fühlten."

Der Interpolationsbeweis kann m. E. mit Recht als erbracht angesehen werden. Wir werden uns daher mit Heldrich auf den Standpunkt stellen, daß hier eine Ersetzung der Worte „de dolo" durch „ex empto" stattgefunden hat. Die Erklärung Heldrichs findet ihre Bestätigung durch Hugo Donellus[4c]), der bereits auf den Widerspruch der Worte „licet emtio non teneat ex emto tamen experietur" hingewiesen hat.

Im Unterschied zu D. 18, 1, 62, 1 begründet die Nichtigkeit eines gleichfalls über eine res extra commercium abgeschlossenen Vertrages in D. 11, 7, 8, 1 weder eine actio de dolo wie im älteren Recht, noch eine actio empti des byzantinischen Zeitalters, sondern wie wir bereits sahen, eine actio in factum.[4d]) In D. 18, 4, 8 begnügen sich die Römer mit der Feststellung, daß dem Geschädigten ein Ersatzanspruch zusteht, ohne ein Wort über die Art seiner Begründung zu verlieren.

Von einer einheitlichen Fundierung der Haftung für vorvertragliches Verhalten beim Abschluß nichtiger Verträge kann demnach nicht die Rede sein. Ueberall finden wir das Bestreben, zu einem billigen Ergebnis zu gelangen, die Art seiner Begründung kann jedoch nicht befriedigen. Daß diese Verschiedenheit in der Begründungsform nicht gerade dazu beiträgt, der Iheringschen Lehre einen festen juristischen Unterbau zu gewähren, erscheint nach dem Gesagten eine nicht sehr schwierige Folgerung.[5])

[4a]) Jhering in JherJ. 4, 28.

[4b]) a. a. O. S. 20.

[4c]) Comm. iur. civ. lib. 12, cap. 20; vgl. Mommsen Erört. II. S. 40.

[4d]) Aus der Vererblichkeit der Klage folgt ihr vertraglicher Charakter. Denn eine Deliktsklage konnte niemals auf den Erben übergehen. Levy, Diss. a. a. O. S. 5 Anm. 3; Hammel a. a. O. S. 52.

[5]) Melliger a. a. O. S. 168 ff.; s. auch Regelsberger Endemanns Hdb. Bd. II. § 242 S. 413; Staudinger Komm. § 122, I.

Das Ergebnis seiner Untersuchung faßt Iherıng zusammen in den Satz: „Das Gebot der kontraktlichen diligentia gilt für gewordene wie auch für werdende Kontraktsverhältnisse, eine Verletzung derselben begründet hier wie dort die Kontraktsklage.“[6]) In der culpa sieht Ihering den Grund, oder, wie er es auch nennt, das legislative Motiv der Schadensersatzklage.[7])

Einen Rechtsgrund im Sinne des geltenden Rechts vermögen wir jedoch nach heutiger Auffassung nicht darin zu erblicken. Es ist sicher billig und gerecht, bei Verletzung der diligentia in den genannten Quellenstellen, einen Ersatzanspruch zu gewähren, aber findet ein Haftungsgrund in der Aufstellung eines so allgemeinen Prinzips seine Rechtfertigung? Nach den Grundsätzen des geltenden Rechts sicherlich nicht. Dagegen spricht sich auch Savigny[8]) aus: „Culpa ist gar nicht allgemein eine causa obligationis. Nur wo ein wirklicher Vertrag vorhanden ist, da ist dieser eine causa obligatonis, und die daraus entspringende Obligation kann durch culpa modifiziert oder erhöht werden.“

Nach Ihering sind es insbesondere Windscheid[9]) und Regelsberger[10]), die sich um die Aufhellung des Problems bemüht haben. Nach ihnen begründet die Annahme eines stillschweigenden Garantievertrages den Anspruch. Diesen Standpunkt gaben sie jedoch später wieder auf.[11]) Thon[12]) wieder konstruiert zur Begründung des Anspruchs eine actio negitiorum gestio contraria; Thöl[13]), Goldschmidt[14]), Bekker[15]), Bechmann[16]), Schall[17]) und Eisele[18]) wollen die Haftung auf das Postulat der bona fides zurückführen. Andere Rechtfertigungsversuche finden wir

[6]) JherJhb. 4, 52.

[7]) JherJhb. 4, 33.

[8]) Savigny, Syst. III, S. 295; vgl. auch Hanausek a. a. O. 1. Abt. § 11 S. 83: „Nur der vor oder beim Vertragsschluß begangene Betrug des Verkäufers bildet als solcher einen selbständigen Verpflichtungsgrund“; ebenso Mommsen Beitr. I. S. 109, 123: „Nur der dolus, dem die culpa lata gleichstehe, sei allgemein als causa obligationis anerkannt. Gegen diese Gleichstellung Bechmann a. a. O. II. 2 § 45 S. 191 ff. In seiner Schrift, „Erörterungen üb. d. ObligR.“ II, S. 79 verläßt Mommsen seinen bis dahin eingenommenen Standpunkt und begründet ähnlich wie Scheurl JherJ. 2, 274 eine Schadloshaltung auf Grund einer actio mandati contraria.

[9]) Pand. II. 3. Aufl. S. 161.

[10]) Zivilrechtliche Erörterungen S. 33.

[11]) Windscheid-Pand. 9. Aufl. II. § 305 Anm. 5; Regelsberger, Endemanns Hdb. II, § 242, S. 114, Anm. 8.

[12]) a. a. O. S. 77 ff.

[13]) a. a. O. I, § 237, S. 143, Anm. 8.

[14]) a. a. O. S. 335.

[15]) a. a. O. S. 367.

[16]) a. a. O. I, 2, § 237, S. 434.

[17]) a. a. O. S. 45, Anm. 19.

[18]) a. a. O. S. 472 u. 473.

bei Köppen[19]) und Bähr.[20]) So sehr sie alle[21]) von der Notwendigkeit der Haftung überzeugen, müssen sie letztlich gegenüber den Grundsätzen des geltenden Rechts als isolierte juristische Irregularitäten[22]) bezeichnet werden.

„Eine wahre Befriedigung sowohl des juristischen Gewissens als auch des Verkehrsbedürfnisses"[23]) vermögen sie nicht zu geben. Nach geltendem Recht gibt es nur zwei Möglichkeiten, einen Anspruch zu begründen. Entweder stützt er sich auf einen Vertrag, dessen unentbehrliche Grundlage die Einigung bildet, oder auf ein außervertragliches, vom Gesetz geschaffenes Schuldverhältnis.

§ 9.

Zu den Gesetzesvorschriften, die ein gesetzliches Schuldverhältnis begründen, müssen auch die §§ 122, 179 und 307 BGB. gerechnet werden; denn auch hier gewährt der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf eine Einigung einen Anspruch. Das Gesetz ist es, welches den Urheber einer Willenserklärung ohne seinen Willen zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Empfänger dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut.[1])

In den genannten Vorschriften handelt es sich durchweg um ein Einstehen für ein Verhalten zur Zeit des Vertragsabschlusses. Es erscheint mir nicht richtig, wenn Levy bei der Irrtumsanfechtung den Ursprung des Schadens nicht in der unrichtigen Erklärung sehen will, sondern erst in der Geltendmachung des Fehlers, d. h. in der Anfechtung, die aber nur um den Preis des negativen Interesses zu haben[2]) sei.

Hiergegen wendet sich Stoll[3]): „Die Ursache dafür, daß der Vertrag mit einem Mangel behaftet ist, ruht in der fehlerhaften Erklärung, und gerade deshalb wird der Erklärende auch im Anfechtungsfall zum Ersatz des negativen Interesses angehalten. Es erscheint willkürlich, die Kausalität erst mit der Geltendmachung des Fehlers beginnen zu lassen. Auch der Wegfall des Schadensersatzanspruches, wenn der Gegner den Fehler gekannt hat oder kennen mußte, weist direkt auf die fehlerhafte Erklärung als den Ursprung des Schadens hin." Bestätigt wird diese

[19]) a. a. O. S. 290.

[20]) a. a. O. § 9, S. 421 ff.

[21]) vgl. dazu die eingehenden Besprechungen der wesentlichen Literatur bei Melliger a. a. O. S. 4 ff.; Brock a. a. O. S. 148 ff.; ferner Windscheid-Pand. 9. Aufl., II, § 307, Anm. 5; Fritsch a. a. O. S. 40 ff.; Moritz a. a. O S. 41 ff; Hammel a. a. O. S. 13 ff.

[22]) s. oben § 8, Anm. 4.

[23]) Regelsberger Zivilrechtl. Erört. S. 33.

[1]) vgl. Windscheid Pand. II, 9. Aufl., § 307, Anm. 5, S. 251. Ueber die Stellung der Motive zur Frage der Haftung für Verschulden beim Abschluß nichtiger oder nicht zur Perfektion gelangter Verträge siehe oben § 4, S. 37, Anm. 20.

[2]) Levy JW. 22, 10, 313; siehe auch v. Tuhr Allg. Teil II, 1, S. 593, Nr. 149 u. 150.

[3]) Leipz. Zeitschr. 23, Spalte 534, Anm. 7.

Auffassung durch die Motive[4]), in denen gleichfalls auf die unzuverlässige Willenserklärung als das zum Ersatz verpflichtende Ereignis hingewiesen wird.

Die Ansicht von Schönwald[5]), daß die Motive einen Hinweis auf ein Schuldverhältnis der Vertragsverhandlungen enthielten, muß abgelehnt werden. Aus den Worten[6]), die Wirkungen eines nichtigen Rechtsgeschäfts würden nicht aus diesem selbst, sondern aus einem in dem äußeren Akte sich findenden besonderen Tatbestande erzeugt, läßt sich eine Auffassung im Sinne Schönwalds nicht herauslesen. Umgekehrt läßt diese Stelle darauf schließen, daß der Gesichtspunkt einer rechtsgeschäftlichen Haftung den Motiven sehr fern liegt.

Angesichts der Entstehungsgeschichte, auf die die §§ 122, 179 und 307 BGB. zurückblicken können, erscheint es gerechtfertigt, in diesen Vorschriften den Niederschlag jener Streitfrage zu sehen, die zu den verschiedensten Epochen Wissenschaft und Praxis in gleich hohem Maße beschäftigt hat. Wie wir sahen, führen die Anfänge dieser rechtsgeschichtlichen Entwicklung auf die actio de dolo des klassischen römischen Rechts zurück, die in der byzantinischen Periode einer actio ex empto weichen muß.

Noch vor Ihering haben Richelmann[7]), Schweppe[8]) und v. Scheurl[9]) an dem Aufbau der Lehre von der culpa in contrahendo mitgewirkt, bis schließlich Ihering in seiner bekannten Schrift „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen" das Resultat der Entwicklung zusammenfaßte und jene so bedeutsamen Sätze über vorkontraktliche Pflichten aufstellte.[10])

Den Abschluß der Entwicklung bilden endlich die gesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Sie sind es, die aus dem Chaos der Meinungsverschiedenheiten die leitenden Gesichtspunkte herauskristallisiert und sie zu festen Bestandteilen des geltenden Rechts gemacht haben. In treffender Weise charakterisiert Unger[11]) das Verbindende in dieser Entwicklung. „So verschieden auch diese Rechtfertigungsversuche sind, so legen sie doch insgesamt Zeugnis dafür ab, daß es eine entschiedene und unabweisbare Forderung unseres Rechtsbewußtseins ist, daß der Erklärende für seine Erklärung unbedingt einstehe. Und dieses Rechtsbewußtsein wurzelt in einem ethischen Grunde. Wer handelt, hat auf eigene Gefahr zu handeln, nicht auf Gefahr des anderen. Es ist eines sittlichen Menschen unwürdig, die nachteiligen Folgen seiner Handlung auf den Unschuldigen zu überwälzen."

---

[4]) Motive I, S. 195.

[5]) a. a. O. S. 30.

[6]) Motive I, S. 217.

[7]) a. a. O. S. 129 ff. stützte den Anspruch unter Berufung auf Cuiacius und Donellus auf eine kontraktliche Verbindlichkeit.

[8]) Das römische Privatrecht. III. S. 110.

[9]) JherJhb. Bd. II, S. 274.

[10]) vgl. Brock a. a. O. S. 39 ff. u. 48; Moritz a. a. O. S. 31 ff. Ueber Literatur nach Jhering s. oben § 8, Anm. 16.

[11]) a. a. O. S. 684.

Ihering hat die Fälle, in denen seine Lehre zur praktischen Anwendung gelangen sollte, nach drei Gesichtspunkten geordnet.

I. Unfähigkeit des Subjekts,
II. Unfähigkeit des Objekts,
III. Unzuverlässigkeit des kontraktlichen Willens,
1. der Erklärung,
2. des Willens selber.

Das gesamte in diesen drei Gruppen zusammengefaßte Material hat eine Lösung im BGB. erfahren.

Was Gruppe I anlangt[12]), so hat man bewußt den Iheringschen Standpunkt verlassen. Nach geltendem positiven Recht hat lediglich der Vertreter ohne Vertretungsmacht für seine Unfähigkeit einzustehen (§ 179 BGB.), während der Minderjährige, der Geisteskranke und der Verschwender frei sind. „Das Gesetz, welches die Verpflichtungsunfähigen gegen die rechtlichen Folgen eines im übrigen fehlerfreien Vertragsschlusses in Schutz nimmt, würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn es einem fehlerhaften Vertragsschluß für den Verpflichtungsunfähigen verbindliche Wirkungen beilegte."[13])

Gruppe II deckt sich vollkommen mit den Anschauungen des BGB. Kannte der eine Vertragsteil die objektive Unmöglichkeit der Leistung oder mußte er sie erkennen, so haftet er nach § 307 BGB. auf das Vertrauensinteresse. Dies gilt nur für objektive Unmöglichkeit; die subjektive Unmöglichkeit berührt sowohl nach dem Standpunkt des BGB. als auch nach der Ansicht von Ihering nicht die Gültigkeit des Vertrages. „Die Klage geht mithin auf das Erfüllungsinteresse."[14])

Gruppe III 1 spiegelt sich vor allem in den Vorschriften der §§ 118, 119 in Verbindung mit § 122 wider.[15])

In der Behandlung der Gruppe III 2 weicht das BGB. in verschiedenen Punkten von der Auffassung Iherings ab.[16]) Nach ihm sollte die Offerte stets um den Preis des Vertrauensinteresses zurückgenommen werden können, während sie nach geltendem Recht mit Zugang wirksam wird und nur dann ihre Wirksamkeit einbüßt, wenn dem Erklärungsempfänger vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht, § 130 BGB. Ferner begründet der Tod des Offerenten vor der Annahme bei Vertragsschluß unter Abwesenden keine Schadensersatzpflicht auf das negative Interesse. Im Einklang mit Iherings Auffassung ist die Zurücknahme einer öffentlichen Auslobung in der Regel zulässig. Dagegen wollte Ihering im Unterschied vom BGB. die Zurücknahme derselben wie beim Widerruf einer Offerte nur um den Preis des negativen Vertragsinteresses zulassen.

Diese Untersuchung zeigt, daß das BGB. zu allen Fragen, die im engsten Zusammenhang mit der Lehre von der culpa in contrahendo stehen, eine eigene Stellung eingenommen hat. Das Gesetz hat mit

[12]) Jhering in JherJ. 4, 57 ff.
[13]) Regelsberger in Endemanns Handbuch II, § 242, S. 415.
[14]) Jhering i. JherJhb. 4, 67.
[15]) Jhering i. JherJhb. 4, 71 ff.
[16]) JherJ. 4, 86 ff.

vollem Bewußtsein die Basis der Windscheidschen Formel verlassen. Es würde u. E. eine arge Verkennung des Wertes der gesetzgeberischen Arbeit bedeuten, wollte man trotzdem dem Erklärungsempfänger schlechthin einen Anspruch auf Ersatz des Schadens gewähren, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, obwohl letztere nichtig oder anfechtbar ist. In allen Fällen, wo das Gesetz dem Urheber einer Willenserklärung keine Entschädigungspflicht aufgelegt hat, soll eben keine Haftung gegeben sein. Eine deutlichere Sprache kann das Gesetz doch nicht reden. Es ist die klare, nicht mißzuverstehende Ablehnung jenes Grundsatzes, den Kuhlenbeck[17]) aufstellt, daß in allen Fällen, in denen eine Erklärung nichtig ist, der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse erlangt, es sei denn, daß er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte.

Für uns sprechen ferner die Gesetzesmaterialien:[18]) „Die namentlich in der gemeinrechtlichen Wissenschaft vertretene Ansicht, daß jeder, der eine Erklärung abgebe, dafür verantwortlich sei, daß derjenige, an welchen sie bestimmtermaßen gelange, in seinem Vertrauen auf die Gültigkeit derselben nicht getäuscht werde und zu Schaden komme, könne in dieser Allgemeinheit nicht als zutreffend anerkannt werden."

Ganz in unserem Sinne spricht sich auch Klein[19]) aus: „Hätte das BGB., das in den Materialien so entschieden mehrfach zu der gemeinrechtlichen Theorie Stellung genommen hat, eine allgemeine gesetzgeberische Entscheidung im Sinne Windscheids und Kuhlenbecks geben wollen" — zu beachten ist, daß Windscheid selbst der I. Kommission angehört hat — „so hätte es wohl kaum die kasuistische bei unserer Auffassung wohl begründete Regelung gewählt."

Gegen eine Ausdehnung des im Wege der Analogie von Kuhlenbeck gewonnenen Ergebnisses spricht auch der gegen ihn von Klein[20]) erhobene Einwand, daß das Prinzip, auf dem die Schadensersatzpflicht in den §§ 122, 179 und 307 BGB. beruhe, keineswegs dasselbe sei.

Wir sahen bereits, daß die Entstehungsgeschichte der §§ 122, 179 und 307 BGB. engstens mit der Lehre Iherings von der culpa in contrahendo verknüpft ist. „Die culpa ist nichts als die kontraktliche culpa in besonderer Richtung."[21]) Nach Ihering ist die culpa, in der er die Rechtfertigung einer Haftung für schuldhaftes Verhalten beim Vertragsabschluß sieht. Wir sehen uns aber genötigt, mit Regelsberger[22]) von einem Konstruktionsfehler zu reden, an dem die Theorie von der culpa in contrahendo leidet. Die Begründung einer culpa ist in einer Reihe von Fällen eine äußerst schwierige. Für jeden der Fälle sind

[17]) DJZ. 10, Jhg. 1905, Sp. 1145.
[18]) Mot. I, S. 203.
[19]) Klein, DJZ. 06, Sp. 596.
[20]) DJZ. 06, Sp. 596; s. auch Brock a. a. O. S. 195; Crome BürgR. II, § 151, II, 1, S. 71; Unterhinninghofen a. a. O. S. 50; Lindemann-Soergel Komm. § 122, I.
[21]) Jhering i. Jher.J. 4, 52.
[22]) Pand. I, S. 515, Anm. 12.

Beispiele denkbar, in denen ein Verschulden ausgeschlossen erscheint.[23]) Stirbt z. B. der Offerent vor der Annahme seiner Erklärung, die in Briefform oder durch Boten übermittelt worden ist, ohne daß dem Oblaten der Tod bekannt geworden ist, so soll ihm nach der Iheringschen Theorie ein Ersatzanspruch für den durch die Ausführung des Antrags entstandenen Schaden zugebilligt werden. Wo liegt hier die Schuld? Eine äußerst gekünstelte Lösung soll auch hier die Konstruktion einer Haftung für culpa rechtfertigen: Der Offerent ergreife im Interesse seiner Bequemlichkeit eine Form der Mitteilnug, die den Gegner einer Gefahr aussetze, statt des allein sicheren Mittels der eigenen mündlichen Erklärung.[23a])

Daß diese Lösung keineswegs in der Lage ist, den Anforderungen des rechtlichen Verkehrs gerecht zu werden, empfindet Ihering selbst. „Ich muß einräumen, daß meine Theorie hier an einen Stein des Anstoßes geraten ist, über den ich sie ohne die gewaltsamste Anstrengung nicht hinwegbringen kann."[24]) Regelsberger[25]) meint, wenn man selbst den Verschuldensbegriff auf die Streckmaschine bringe, so sei die Rechtshilfe immer noch unzureichend. Der Haftungsgrund kann in der Tat nicht regelmäßig auf eine culpa gestützt werden. Eine von der Willensrichtung des einzelnen losgelöste Formulierung kann allein dem Problem der Haftung für schuldhaftes Verhalten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gerecht werden. Der Urheber der Lehre von der culpa in contrahendo muß sich selbst gestehen, daß seine Theorie in der ursprünglichen Formulierung der Rechtsnot keine Abhilfe zu leisten vermag. „Die von mir aufgestellte Theorie der culpa in contrahendo wird, indem sie den beschränkten Gedanken des subjektiven Unrechts zugrunde legt, der Idee des Verhältnisses selber nicht gerecht, und meine Formulierung wird gewiß durch eine weitere objektivere ersetzt werden."[26]) Fällt aber die culpa weg, die das Klagfundament des Schadensersatzanspruchs bildet, so muß, wie Melliger[27]) richtig bemerkt, auch der Schadensersatzanspruch in ein Nichts zusammenstürzen.

Dies erkennend, bekennt sich Ihering zu der Windscheidschen Formulierung, die eine Haftung für vorvertragliches Verhalten nicht von dem Vorliegen einer culpa abhängig macht, sondern lediglich von der Erfüllung eines objektiven Tatbestandes. „Jeder Vertragschließende muß für die nachteiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf das Zustandekommen des Vertrages einstehen, insofern dieses Zustandekommen durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen

[23]) vgl. Jhering i. JherJ. 4, 93.

[23a]) Jhering i. JherJ. 4, 93.

[24]) Jhering i. JherJ. 4, 92

[25]) Zivilrechtliche Erörterungen S. 33; s. auch Stoll LZ. 23, 532, Anm. 3; JW. 27, 2119; Müller a. a. O. S. 14; Fritsch a. a. O. S. 37; vgl. auch Bechmann a. a. O. I. 2 § 237 S. 434: „Die culpa werde als bloßes Konstruktionsmittel figuriert." Hammel a. a. O. S. 17; Kuhlenbeck Bank A. 5. Jhg. 1905/06 S. 286.

[26]) Ihering. Schuldmoment S. 38 Anm. 73.

[27]) a. a. O. S. 107.

verpflichtet ist. Er muß für die Folgen dieses Vertrauens einstehen, eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat."[28])

U. E. konnte sich das BGB. die von Ihering zuletzt vertretene Ansicht nicht deutlicher zu eigen machen, indem das Schuldmoment in den §§ 122, I und 179, II BGB. keine Berücksichtigung gefunden hat, während die Verpflichtung zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses im § 179, I BGB. ausdrücklich davon abhängig gemacht worden ist, ob der Vertreter den Mangel seiner Vertretungsmacht kannte, und im § 307 BGB. die Parteien gar keiner Haftung unterliegen, wenn sie hinsichtlich des Kennens der Unmöglichkeit kein Verschulden trifft.

Die Vorschrift des § 179 BGB. erscheint mit ein klarer Beweis dafür, daß das Gesetz auch dort einen Vertrauensschutz statuiert, wo jemand für die Vertrauenswirkung nicht verantwortlich gemacht werden kann; denn es werden in Abs. I und Abs. II des § 179 BGB. ausdrücklich die Wirkung des Kennens und des Nichtkennens des Mangels der Vertretungsmacht auf die Höhe der Schadensersatzverpflichtung gegenübergestellt. Auf das positive Vertragsinteresse (Abs. I) soll nur dann gehaftet werden, wenn der Vertreter den Mangel kannte, auf das negative Vertragsinteresse (Abs. II), wenn den Vertreter kein Verschulden traf, d. h. auch dann, wenn er für sein Verhalten nicht verantwortlich gemacht werden kann. Dieser feinen Unterscheidung hätte es nicht bedurft, wenn man sowohl in Abs. I als auch in Abs. II das Verschulden des Vertreters als das die Haftung rechtfertigende Moment anzusehen hätte.

Eine fehlerhafte Willensbetätigung bildet nicht regelmäßig die Grundlage eines Vertrauensschutzes für die Vertrauenswirkung. Auch bei der Gastwirtshaftung sind es die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit des entgegengebrachten Vertrauens, welche die strenge Haftung rechtfertigen, ohne daß der Willensrichtung des Gastwirts der geringste Vorwurf gemacht zu werden braucht. Hier ist es allein der äußere Tatbestand, der das Einstehen für eine Vertrauenswirkung zur Sicherung des Verkehrs fordert.

So auch in den §§ 122 und 179, II BGB. Wir vermögen daher nicht der Ansicht von Schönwald[29]) beizutreten, daß der Gesetzgeber die Ersatzpflicht in diesen Vorschriften nur deshalb nicht von dem Vorliegen eines Verschuldens abhängig gemacht habe, weil in diesen Fällen immer ein Verschulden vorliegen werde. Wir geben zu, den Erklärenden kann u. U. ein Verschulden treffen, braucht es aber nicht. „Die Figur der Schuldhaftung ragt wohl hinein"[30]) in diese Vorschriften, erklärt jedoch nicht restlos den vom Gesetzgeber statuierten Vertrauensschutz; denn offenbar gibt es Fälle, in denen von einer fehlerhaften Willensbetätigung des Ersatzpflichtigen bei Herbeiführung des Erklärungserfolges nicht die Rede sein kann.

[28]) Windscheid-Pand. 3. Aufl. S. 161. Bd. II.
[29]) a. a. O. S. 13 und 14.
[30]) Manigk, Irrt. und Ausl. S. 250.

Die Veranlassung des Schadens genügt, um eine Ersatzpflicht zu begründen, ohne Rücksicht auf Verschulden ist der Erklärende zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet. „Es ist daher das Veranlassungsprinzip, nicht aber das Verschuldensprinzip zur Geltung gebracht." [31])

Zusammenfassend wäre zu sagen, daß diese Ansicht, die ihre Stütze sowohl in der Entstehungsgeschichte als auch in dem klaren Wortlaut des Gesetzes findet, gegenüber dem Satz: „Kein Vertrauensschutz ohne Verantwortlichkeit für die Vertrauenswirkung"[32]), den Manigk auch für die §§ 122 und 179, II BGB. angewendet wissen will, den Vorzug verdient. Die Verantwortlichkeit bildet in der Regel das die Haftung begründende Moment, daß es jedoch auch Ausnahmefälle gibt, tritt m. E. auf Grund des Gesagten klar zutage.

Beruht aber die Haftung in den §§ 122 und 179, II BGB. auf dem Veranlassungsprinzip im Gegensatz zu § 307 BGB., dem das Verschuldensprinzip zugrunde liegt, so kann die Regelung der Haftung für vorvertragliches Verhalten beim Abschluß eines ursprünglich oder erst durch Anfechtung nichtigen Vertrages nicht aus einem Prinzip geflossen sein.[33]) „Eine Gesetzes- wie Rechtsanalogie ist jedoch bei dem Problem des negativen Vertragsinteresses nur dann gerechtfertigt, wenn die fragmentarische Reglung aus einem Prinzip geflossen ist.[34])

Mit Recht weist Klein darauf hin, daß man nicht durch Verallgemeinerungen die feinen Linien verwischen dürfe, „welche der Gesetzgeber in der eben charakterisierten Regelung unseres Problems gezogen hat, zumal es sich bei unserem Problem um eine Interessenabwägung handelt, die niemals zu allseits befriedigenden Ergebnissen führen kann".[35])

Ferner beruft man sich auf die §§ 663, 675 und 678 BGB., um aus ihnen auf die Geltung eines allgemeinen Prinzips der Haftung für culpa in contrahendo zu schließen. Auch hier sei ein Vertrag nicht zustandegekommen. Trotzdem enthielten diese Vorschriften die Anwendung des Gesichtspunktes der Haftung für culpa in contrahendo.[36]) Die Bedenklichkeit dieser Folgerung wird jedoch offenbar, wenn wir erkennen, daß die §§ 663, 675 und 678 BGB. im Rahmen besonderer Verhältnisse

[31]) Levy Diss. a. a. O. S. 34; Kuhlenbeck Bank A. 5. Jhg. 1905/06 S. 286: „Das BGB. hat bewußt die Basis der culpa verlassen und eine Haftpflicht ohne Verschulden angenommen." v. Thur Allg. T. II. 1 S. 489, N. 199, S. 593, N. 148; Levy JW. 22. 1313; Melliger a. a. O. S. 119; Brock a. a. O. 194 ff.; Crome BR. I. § 92, 2 b S. 413; Stoll JW. 27. 2119; Enneccerus 1026 § 199. IV; RGR Komm. § 122. I; Oertmann § 122. 1 und 2; Planck-Siber Vorbem., §§ 275 ff. I. 4 a S. 192; Warneyer Komm. § 122. II; RG. 60, 345; 81, 399.

[32]) Manigk, Iher. Jhb. 75. 193.

[33]) Levy Diss. a. a. O. S. 34, ferner die unter S. 86. Anm. 20 genannten Schriftsteller. vgl. auch Klein-Seuff Bl. Bd. 72, S. 140.

[34]) Klein DJZ. 06, 596.

[35]) Klein in Seuff Bl. 72. 140 ff.

[36]) Müller a. a. O. S. 24 ff.; s. auch Woltersdorf a. a. O. S. 10; Planck-Siber Vorbem. §§ 275 ff. I. 4 a; RG. 104. 267; RG. Recht 25 Nr. 1268.

geltende Bestimmungen des Auftragsrechts sind und daher nicht den Schluß auf das Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes rechtfertigen. Es ist daher nicht angängig, aus dieser Sonderregelung etwas über die grundsätzliche Stellungnahme des geltenden Rechts zur Frage der Haftung für Verschulden beim Abschluß ungültiger Verträge zu folgern.[37])

Schließlich spricht gegen die Zubilligung eines Schadensersatzanspruches bei nicht zustandegekommenen Verträgen, abgesehen von den gesetzlich geregelten Fällen, ein Kriterium, das keineswegs die seiner Bedeutung entsprechende Würdigung erfahren hat. Dieses ist in den §§ 823 ff. BGB. zu sehen. Läßt sich eine Haftung für jede schuldhafte Vermögensbeschädigung im außervertraglichen Verkehr mit den Vorschriften des BGB. über die unerlaubte Handlung vereinbaren? Geht nicht aus diesen Vorschriften hervor, daß eine Haftung nur nach Erfüllung eines ganz bestimmten Tatbestandes begründet sein soll? Wozu diese Einzelvorschriften? Hätte man ein derart allgemeines Haftungsprinzip bejahen wollen, so wäre es unverständlich, warum man dem § 823 nicht einen umfassenderen Tatbestand zugrunde gelegt hat. Die gesetzgeberische Arbeit hätte entschieden eine Erleichterung erfahren, wäre dem § 823 BGB. nicht eine so eng begrenzte Fassung gegeben worden, wenn man auch an jede fahrlässige Vermögensschädigung eine Schadensersatzverpflichtung hätte knüpfen wollen. Kann eine Haftung für fahrlässiges Verhalten bei außervertraglichen Beziehungen deutlicher abgelehnt werden? Außervertragliches Verhalten darf eben nicht mit einem Maßstab gemessen werden, der nur bei Vertragsbeziehungen anzuwenden ist. „Wenn der Vertrag scheitert, so ist jeder Anspruch erledigt. Es wäre nicht richtig, aus bloßen Vorverhandlungen, die nicht zum Ziele führen, eine Haftung abzuleiten. Hier fehlt das Moment, das die Parteien zu besonderer Aufmerksamkeit veranlaßt und ververpflichtet. Es erwächst erst daraus, daß eine Einigung, und zwar rechtsgültig zustandekommt."[38])

Im Gegensatz zum BGB. haben das Allgemeine Preußische Landrecht und der Code Civil eine so weitgehende Haftung bejaht. Ferner zeigen die Ausführungen Heldrichs[39]) über die Stellung fremder Rechte zur Haftung für schuldhaftes vorvertragliches Verhalten, daß sowohl

[37]) Levy, Diss. a. a. O. S. 38, 39, 58; Unterhinninghofen a. a. O. S. 38; s. auch Warneyer Komm. § 663. Aus dem gleichen Grunde habe ich es vermieden, aus diesen Vorschriften ein argumentum a maiore ad minus zugunsten einer Haftung für Vertragsschuld abzuleiten. Leonhard, Verschulden S. 2 und 48 verkennt nicht, daß in § 678 BGB. „kein eigentliches Rechtsgeschäft" vorliegt, trotzdem führt er diese Vorschrift als einen doch „verwandten Tatbestand" zur Unterstützung seiner Lehre an.

[38]) Leonhard, Verschulden S. 58; Hedemann, Schuld R. S. 318 bemerkt sehr richtig, obgleich er im Ergebnis von unserer Ansicht abweicht: „Dadurch, daß der unvorsichtige Teil es zum endgültigen Vertragsschluß kommen läßt, hat er sein vorvertragliches Verhalten gleichsam bekräftigt, sowie beim Nacheid im Prozeß die vorangegangene Aussage zusammenfassend beschworen wird."

[39]) a. a. O. S. 41 ff.

im österreichischen als auch im schweizerischen Recht die deliktische Regelung vorvertraglichen Verschuldens durchgeführt worden ist. Einen die fahrlässige Vermögensbeschädigung umfassenden deliktischen Tatbestand stelle auch das Recht der russischen sozialistischen föderativen Sowjetrepublik, sowie das französische Recht auf.

Das BGB. hat dieses System abgelehnt. Mit einer Bejahung eines allgemeinen Haftungsprinzips für schuldhaftes Verhalten beim Abschluß ungültiger Verträge verbindet sich notwendigerweise die Anerkennung einer Haftung für jede schuldhafte Vermögensbeschädigung. Die Vorschriften über unerlaubte Handlungen würden von diesem Zeitpunkt an der Rechtsgeschichte angehören. Solange wir jedoch auf Grund festgefügter Normen Recht zu sprechen haben, dürfen wir unser Rechtsgefühl nicht auf Kosten des geltenden Rechts befriedigen. Sache der Wissenschaft und Praxis ist es, die Bestimmungen des geltenden Rechts „nach dem Bedürfnis des praktischen Lebens auf Grund vertiefter Einsicht weiter zu bilden und auf diesem Weg das positive Recht stetig zu vervollkommnen.“ [40]) Der Geist des Gesetzes soll über den Buchstaben stehen; Rechtssätze, die sich nicht mit dem Gesetz vertragen, gehören jedoch in das Gebiet freier Rechtsfindung, die nichts mit den Ergebnissen zu tun haben, die auf Grund verständiger Würdigung gesetzlicher Bestimmungen gewonnen sind. In der Billigkeit allein vermögen wir nicht eine Rechtsquelle zu sehen.

Will man dem Gesetz nicht den Vorwurf machen, es habe eine entschiedene und unabweisbare Forderung unseres Rechtsbewußtseins nicht erkannt,[41]) so kann man nur den von uns eingenommenen Standpunkt vertreten, daß für eine analoge Ausdehnung der §§ 122, 179 und 307 kein Raum ist.[42]) Hier gilt der Satz: Perquam durum, sed ita lex scripta.[43]) Mit dieser Regelung hat das Gesetz eine ausschließliche Lösung des Problems der Haftung für Verschulden beim Abschluß eines rechtsunwirksamen Vertrages geben wollen. Darüber hinaus gibt es keine Haftung für schuldhaftes Verhalten bei Vertragsverhandlungen, die nicht zum Abschluß eines gültigen Vertrages geführt haben.

[40]) Regelsberger Iher. J. 58, 148; vgl. aber Heldrich a. a. O. S. 40.

[41]) vgl. oben § 9 S. 82 Anm. 11.

[42]) Ebenso Klein DJZ. 06 S. 396, ders. Seuff Bl. 72. 140; Unterhinninghofen a. a. O. S. 50 ff; Paterna a. a. O. S. 35; Ortner a. a. O. S. 25, Planck-Siber Vorbem. § 275 ff. I. 4b; § 122, 9; Warneyer Komm. § 122 IV. § 307, IV; Staudinger § 307, Nr. 8; Oertmann Komm. § 307; zweifelnd in Vorbemerkung §§ 145 ff. 7c; Lindemann, Soergel § 122, 4; § 307, 5. vgl. auch Cosack I, § 135, II; Manigk Iher. J. 75, 193 zu RG. 104, 265 ff.; Oertmann Arch. Ziv. Pr. 121, 125. a. A. Brecht Iher. I. 53, 282; Kuhlenbeck DJZ. 05, Sp. 1145; Bank A. 05/06 S. 286; Levy Diss. S. 39—40; Müller a. a. O. S. 61 ff.; Crodel a. a. O. S. 52 ff.; Stoll LZ. 23, Sp. 533; Titze DJZ. 25, 491; v. Thur Arch. Ziv. Pr. 131, 359; RG. 104, 268 ff. OLG. Hamb. Recht 22, N. 1545; vgl. auch Enneccerus, Aufl. 1927, § 266, III, Anm. 5. Löwenwarter JW. 21, S. 1307; Staub, Komm. § 347 2b; Stoll JW. 27, 1086, 4.

[43]) Regelsberger Iher. J. 58, 149.

Bedenken muß die Ansicht Stolls[44]) wecken, daß das Reichsgericht sich im Gegensatz zur dargelegten Auffassung grundsätzlich zugunsten einer Haftung für Verschulden beim Abschluß eines ungültigen Vertrages entschieden habe. Wo das Reichsgericht diese Meinung vertritt, da bemüht es sich um die Konstruktion eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses oder es stützt sich auf einen Analogieschluß und folgert daraus in Verbindung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben die Rechtfertigung eines Prinzips der Haftung für schuldhaftes Verhalten beim Abschluß rechtsunwirksamer Rechtsgeschäfte. Wir sahen jedoch bereits, daß diese Begründung nicht als ausreichend anerkannt werden kann. Wir finden sie zuerst in RGZ. 78, 240; 97, 339; 104, 268 zum Ausdruck gebracht. Diese Entscheidungen bilden sozusagen die Wurzel jenes Gewächses, das unsere Rechtsprechung zu überwuchern droht. Soweit sich spätere Entscheidungen[45]) mit der Frage der Haftung für Verschulden beim Abschluß ungültiger Verträge beschäftigen, berufen sie sich regelmäßig auf die drei genannten, ohne von sich aus neue Gründe hinzuzufügen, oder sie schweigen ganz über den Rechtsgrund der Haftung.

Gegen RG. 78, 240 und 104, 268 haben wir bereits Widerspruch erhoben. RG. 97, 339 sagt nichts darüber, warum gehaftet wird. Vermutlich wird ein gültiger Vertrag fingiert.[46]) Wo im Gesetz die Stütze zu dieser Fiktion zu finden ist, läßt sich beim besten Willen nicht sagen.[47]) Was die vielbesprochene Entscheidung des Reichsgerichts 104, 268 anbetrifft, so möchte ich nicht daran vorbeigehen, auf die Ausführungen von Manigk[48]) hinzuweisen, aus denen klar hervorgeht, daß diese Entscheidung unhaltbar ist. Zu dem gleichen Ergebnis kommen die Kritiken von Oertmann[49]) und Levy.[50])

Daher vermögen wir die Rechtsprechung nicht zu billigen, in der eine Haftung für Verschulden beim Abschluß ungültiger Verträge zur Beurteilung stand und die Gedankengänge dieser drei Entscheidungen für die Entscheidungsgründe grundlegend gewesen sind.

Demgegenüber stehen erfreulicherweise die vielen Entscheidungen[51]), in denen ein rechtswirksam zustande gekommener Vertrag den Rechtsgrund der Haftung bildet, so daß wir mit Recht sagen können, daß von einer grundsätzlichen Anerkennung der entgegengesetzten Ansicht nicht gesprochen werden kann; die überwiegende Anzahl der Entscheidungen, die den von uns eingenommenen Standpunkt vertreten, lassen eher auf das Gegenteil schließen.

---

[44]) JW. 1927, 1086, 4.

[45]) Seuff A. 75, Nr. 124, S. 213; 79, Nr. 22, S. 40; RG. 106, 73 im Gegensatz zu RG. 62, 319; RG. 114, 159 (wegen RG. 107, 362 s. unten § 10); Recht 25, Nr. 1268, S. 402; JW. 27, 1086, 4.

[46]) vgl. RG. 103, 51.

[47]) dagegen auch Richter, JW. 21, 664.

[48]) in Iher. J. 75, 193 ff.; vgl. auch Schönwald a. a. O. § 7 S. 41 ff.

[49]) Arch. Ziv. Pr. 121, 124.

[50]) JW. 22, 1313.

[51]) vgl. oben § 8, Anm. 57.

§ 10.

Der von uns aufgestellte Satz, daß für Verschulden beim Abschluß eines ungültigen Vertrages nicht gehaftet wird, es sei denn, daß das Gesetz selbst ausdrücklich die Haftung anordnet, erfährt eine weitere Durchbrechung, wenn sich das schuldhafte Verhalten beim Vertragsschluß zugleich als eine unerlaubte Handlung darstellt.

Die Haftung nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung führt jedoch nicht immer zu einem befriedigenden Ergebnis, daher erscheint das Bestreben durchaus verständlich, die Schadloshaltung aus dem Gesichtspunkt einer vertraglichen Haftung zu begründen. Unsere Untersuchung hat jedoch gezeigt, daß diese sich allein dann rechtfertigt, wenn ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist.

Dies Ergebnis erscheint offensichtlich dann unbillig, wenn derjenige nicht aus Vertrag haften sollte, der arglistig die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes herbeigeführt hat. Hier zeigt die Rechtsprechung des Reichsgerichts einen Weg, der rechtspolitisch von größter Bedeutung ist; denn es werden auf diesem Wege die Vorteile rückgängig gemacht, die sich jemand durch ein arglistiges Verhalten beim Vertragsschluß erschleichen wollte.

In den Fällen, wo eine Partei arglistig zum Schaden einer anderen das Zustandekommen des Vertrages vereitelt hat, muß sich jene so behandeln lassen, als ob der Vertrag rechtswirksam abgeschlossen wäre, d. h. sie darf sich nicht auf die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts berufen. Diese Wirkung einer erhobenen Arglisteinrede ergibt sich aus § 826 BGB. in Verbindung mit § 249 BGB. Also in jedem Falle, wo der eine Teil durch den anderen arglistig in einen Irrtum über die Notwendigkeit der Einhaltung einer Form versetzt worden ist, muß es sich dieser gefallen lassen, sich als Vertragsgegner behandelt zu sehen; er muß „das Sachverhältnis so gegen sich gelten lassen, wie es sich gestaltet hätte, wenn er bei Abschluß des Vertrages dem Verlangen jenes nach Erfüllung der Form nachgekommen wäre".[1]) Mit anderen Worten: er ist zur Herstellung des Zustandes verpflichtet, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Fehlt das Moment der Arglist, so ist für eine Einrede der Arglist kein Platz; denn sie kann nur dort gegeben sein, wo wirklich Arglist vorliegt.[2]) Arglist beim Vertragsschluß ist aber auch dann als vorliegend anzunehmen, wenn derjenige, der sich auf den Formmangel beruft, nicht von vornherein die Absicht hatte, den Formmangel zur Geltung zu bringen.[3]) Dies jedoch nur dann, wenn er bei dem Gegner einen Irrtum über die rechtliche Notwendigkeit der Form vorsätzlich erregt oder unterhalten hat. Fahrlässige Irreführung kann nicht genügen, in diesem Falle würde es an der arglistigen „Einwirkung auf

[1]) RG. 107, 365; Staub, Komm. § 347, Anm. 2 b.

[2]) Leonhard, Lehrb. S. 48; Oertmann Arch.Ziv.Pr. 121, 127; RG. 64, 223; RG. 117, 125 (JW. 27, 2118, 18).

[3]) RG. 96, 315.

den Irrtum" [4]) fehlen. Kannten beide Parteien nicht die Notwendigkeit einer Beurkundung, so trifft sie beide in gleicher Weise der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens, und es erscheint willkürlich, wenn nur einer Partei die Last des Herstellungsanspruchs aufgebürdet würde. Eine solche Folgerung müßte als unerträglich bezeichnet werden.[5]) Beide Parteien können mit gleichem Recht darauf Anspruch erheben, daß ihnen der vom Gesetzgeber gebotene Schutz zugute kommt. Gerade das sind die typischen Fälle, die eine Wiederholung des Geschäftsabschlusses erforderlich machen, wo die Parteien infolge fahrlässiger Nichtbeachtung gesetzlicher Formvorschriften sich rechtlich noch nicht gebunden haben.

Anders liegt es in dem Falle, wo eine Partei von der Notwendigkeit der Form überzeugt ist und den Gegner über dies Gebot getäuscht hat. Wird der Gegner durch diese Irreführung dazu bestimmt, die Erfüllung der Form nicht vorzunehmen, so wird seine Rechtsstellung vorsätzlich gemindert, und ich trage kein Bedenken, das Vorliegen von Arglist zu bejahen. Dann ist die irreführende Partei zur Herstellung des Zustandes verpflichtet, wie er sich ergeben hätte, wenn der Vertrag rechtswirksam abgeschlossen worden wäre. Von Gesetzes wegen wird sie wie ein Vertragsgegner behandelt, und es besteht nunmehr kein Hindernis, von dem ungültigen Vertrage wie von einem gültigen zu sprechen.[6]) Letzteres gestattet jedoch wiederum die Anwendung des Grundsatzes der Haftung für Vertragsschuld, so daß die arglistige Partei auch für jeden weiteren durch ihr schuldhaftes Verhalten beim Vertragsschluß entstandenen Schaden ersatzpflichtig ist.

Zu beachten bleibt, was die Haftung des Geschäftsherrn für die arglistige Herbeiführung eines unwirksamen Rechtsgeschäftes durch seinen Gehilfen anlangt, daß nicht die Vorschrift des § 278 BGB. zur Anwendung gelangt, sondern die Vorschrift des § 831 BGB. Im Unrechtsverkehr gibt es keine Stellvertretung, hier gilt stets der Grundsatz des § 831 BGB.

Ferner darf sich die arglistige Partei nicht auf ein mitwirkendes Verschulden der geschädigten Partei berufen; denn es würde in hohem Grade dem Rechtsgefühl widersprechen, wollte man ein fahrlässiges Verhalten als mitwirkend gegenüber Arglist anerkennen.[7])

[4]) RG. 96, 315.

[5]) Oertmann, Arch. Ziv. Pr. 121, 127; RG. 96, 315; vgl. auch RG. LZ. 10, Sp. 82.

[6]) vgl. RG. 64, 223; 95, 315; 107, 365; 117, 225 (JW. 27, 2118); Staub Komm. § 347, 2 b; s. auch die Bedenken bei Riehl a. a. O. S. 844/45.

[7]) Staudinger, § 254, 2 c; RGR. Komm. § 254, 7; Planck-Siber § 254, 4 b; Enneccerus § 236, 4, Anm. 15; RG. 69, 281; RG. JW. 08, 09, 10.

Lebenslauf.

Ich wurde am 14. November 1902 in Helsingfors (Finnland) als Sohn des 1915 verstorbenen Direktors einer finnischen Aktiengesellschaft Richard Negendanck und seiner Ehefrau Marie-Luise geb. Irmer geboren. Nach dreijährigem Besuch einer Elementarschule in Helsingfors besuchte ich von 1912 bis zur Versetzung in die dritte Klasse im Mai 1914 eine schwedische Schule, Nya Svenska Läroverket. Im Oktober 1914 wurde ich in die Sexta des Potsdamer Realgymnasiums aufgenommen und bestand achteinhalb Jahre später an derselben Schule die Reifeprüfung. Sodann studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaften und zwar sechs Semester an der Universität Marburg sowie ein Semester an der Universität Berlin und bestand am 29. Juni 1927 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht Kassel. Am 5. Juli 1928 bestand ich die mündliche Doktorprüfung vor der Juristischen Fakultät der Universität Marburg.